

**Die aktienrechtliche
externe Gründungsprüfung**

Diether Dienst

1989

Die aktienrechtliche externe Gründungsprüfung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
an der Hohen Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu
München

vorgelegt von
Diether Dienst
aus Dessau

München 1959

Referent: Professor Dr. O. HINTNER
Korreferent: Professor Dr. R. LÖHLEIN

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1959



Meinen Eltern
ARTHUR DIENST
und
GERTRUD DIENST
geb. Gründer
in Liebe gewidmet

VORWORT

Es war mein Wunsch, eine aktienrechtliche Arbeit zu schreiben, die mit meiner beinahe fünfjährigen Berufspraxis im Wirtschaftsprüfungswesen in Verbindung zu bringen war. Ausserdem war es dabei mein Bestreben, ein Thema zu finden, bei dem die Möglichkeit bestand, die wissenschaftlichen Betrachtungen und Überlegungen durch praktische Beispiele aus Prüfungen u. ä. mit untermauern zu können. Die aktienrechtliche externe Gründungsprüfung erwies sich dabei als besonders geeignet. So entstand die vorliegende Arbeit.

Für Anregungen vor allen Dingen in rechtswissenschaftlicher Hinsicht habe ich dabei meinem sehr verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. R. LÖHLEIN besonders zu danken. Er gab mir in seinen Vorlesungen und Übungen wie aber auch mit seinem Hinweis auf das kausale Rechtsdenken, wie es Müller - Erzbach entwickelt hat, die Handhaben, um auch von der rechtswissenschaftlichen Seite her zu einer lebensnahen und daher konstruktiven Untersuchungsweise kommen zu können.

Auch meinem sehr verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. O. HINTNER, in dessen Vorlesungen und Seminaren ich mir die theoretischen Grundlagen und Kenntnisse über das Revisions- und Treuhandwesen erworben habe, möchte ich an dieser Stelle meinen Dank abstatten. Die in den genannten Veranstaltungen erhaltenen Einsichten haben mir nicht nur bei meiner anschliessenden Berufstätigkeit, sondern auch bei der Lösung der prüferischen Probleme dieser Arbeit geholfen.

Diether Dienst

Arbeit abgeschlossen am 1. Juli 1958

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
1. KAPITEL	
Einleitung und Abgrenzung des Themas	1
2. KAPITEL	
Rechtliche Grundlegung des Themas	
I. DIE ALLGEMEINBESCHREIBUNG DER ANGEWANDTEN METHODE DES KAUSALEN RECHTSDENKENS	2
II. DIE KAUSAL BEGRÜNDETE GESAMTRECHTFERTIGUNG DER EXTERNEN GRÜNDUNGSPRÜFUNG	3
3. KAPITEL	
Die Bedeutung der Gründungsprüfung im Rahmen des Pflichtprüfungswesens	7
I. VERHÄLTNIS ZWISCHEN DER AKTIENRECHTLICHEN GRÜNDUNGS- UND JAHRESABSCHLUSSPRÜFUNG	7
II. VERHÄLTNIS DER GRÜNDUNGEN UND DER BESTÄNDE VON AKTIENGESELLSCHAFTEN ZU DENEN VON GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG	12
4. KAPITEL	
Die Geschichte des Institutes der externen Gründungsprüfung	
I. ALLGEMEINE VORGESCHICHTE	
1. Vorbemerkung	14
2. Preussisches Recht	15
3. Das Recht des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches	
a) Das Recht der Aktiengesellschaft	17
b) Das Recht der Kommanditgesellschaft auf Aktien als Wegbereiter	18
4. Die erste Aktienrechtsnovelle vom 10. Juni 1870	18
II. DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG AUF GRUND DER ZWEI- TEN AKTIENRECHTSNOVELLE VOM 18. Juni 1884	
1. Die Vorgeschichte (Gründerepoche)	20
2. Grundsätzliches zur zweiten Aktienrechtsnovelle	23
3. Zum Inhalt der zweiten Aktienrechtsnovelle	24

III.	DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG IM NEUEN HANDELS- GESETZBUCH VOM 10. MAI 1897	
1.	Die Auswertung der Erfahrungen mit der zweiten Novelle für die Gestaltung des neuen Handelsgesetzbuches	27
2.	Das neue Handelsgesetzbuch und seine für die externe Grün- dungsprüfung bedeutsamen Änderungen	29
IV.	DIE ENTWICKLUNG BIS ZUM ERSTEN ENTWURF EINES AKTIENGESETZES IM JAHRE 1930	31
V.	DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG IM VERSELBSTÄNDIG- TEN AKTIENRECHT	35
1.	Prüfungsvoraussetzung, sowie Bestellung und Auswahl der Gründungsprüfer	35
2.	Prüfungsdurchführung	36
3.	Rechtliche Bedeutung der Gründungsprüfung	36
4.	Verantwortlichkeit der Prüfer	37
5.	Die Nachgründungsprüfung	37
6.	Sonstiges	37
VI.	DIE BEWÄHRUNG DER EINSCHLÄGIGEN VORSCHRIFTEN IM AKTIENGESETZ	38
5.	KAPITEL Die Gründungsprüfung und ihre artverwandten Formen	
I.	VORBEMERKUNGEN - EINORDNUNG IN DIE SYSTEMATIK DER PRÜFUNGSARTEN	38
II.	DIE AKTIENRECHTLICHE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG	39
III.	DIE NACHGRÜNDUNGSPRÜFUNG	40
IV.	DIE EXTERNE PRÜFUNG NACH DEN GRUNDSÄTZEN DER GRÜNDUNGSPRÜFUNG BEI QUALIFIZIERTEN KAPITALER- HÖHUNGEN	48
V.	DIE EXTERNE PRÜFUNG NACH DEN GRUNDSÄTZEN DER GRÜNDUNGSPRÜFUNG BEI VERSCHMELZUNGEN	
1.	Verschmelzung durch Neubildung	51
2.	Verschmelzung durch Aufnahme	52

VI.	DIE EXTERNE PRÜFUNG NACH DEN GRUNDSÄTZEN DER GRÜNDUNGSPRÜFUNG BEI UMWANDLUNGEN	55
VII.	DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG IM ZUGE DER ENTFLECHTUNG	
1.	Grundsätzliches	59
2.	Entflechtungsmassnahmen der Alliierten	60
a)	Kohlenbergbau sowie Eisen- und Stahlindustrie	60
b)	IG-Farbenindustrie-Aktiengesellschaft	61
c)	Filmindustrie (Ufa-Konzern)	62
3.	Probleme der Entflechtung bei der Gründungsprüfung	62
VIII.	DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG ALS SONDERPRÜFUNG	63
IX.	DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG ALS SACHVERSTÄNDIGENAUFGABE	64
X.	DIE ABSCHLIESSENDE GRÜNDUNGSPRÜFUNG ALS TEIL DER ABSCHLUSSPRÜFUNG	66

6. KAPITEL

Die zur externen Gründungsprüfung führenden Ursachen

I.	ALLGEMEINE ABGRENZUNG DER PRÜFUNGSPFLICHTIGEN VON DEN NICHT PRÜFUNGSPFLICHTIGEN GRÜNDUNGEN	69
II.	DIE EINZELNEN ZUR EXTERNEN PRÜFUNG FÜHRENDEN, GESETZLICH FESTGELEGTE URSACHEN	
1.	Die Sacheinbringungen	69
2.	Die gesetzlichen Vermutungen der Befangenheit	
a)	Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder gehören zu den Gründern	70
b)	Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder haben für ihre Rechnung Aktien übernehmen lassen	72
c)	Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder haben sich einen Sondervorteil oder einen Gründerlohn ausbedungen	73
III.	KRITIK AN DEN GESETZLICHEN URSACHEN UND REFORMVORSCHLÄGEN	75

7. KAPITEL

Die Bestellung sowie die Auswahl der Gründungsprüfer und die vorzeitige Beendigung der Prüfung

I.	DIE BESTELLUNG DER GRÜNDUNGSPRÜFER	78
II.	DER PERSONENKREIS DER GRÜNDUNGSPRÜFER	80
	1. Grundsätzliches	80
	2. Die Regelvoraussetzung: Buchführungsvorbildung und -erfahrung	81
	3. Die Regelausnahme	82
	4. Der auf Grund gesetzlicher Bestimmungen ausgeschlossene Personenkreis	83
	a) Nach dem Aktienrecht	83
	b) Nach sonstigen Rechtsgrundsätzen	85
III.	DIE ABLEHNUNG DER BESTELLUNG	
	1. Die Ablehnung durch die Antragsteller	86
	2. Die Ablehnung durch die bestellten Gründungsprüfer	86
IV.	DIE VORZEITIGE BEENDIGUNG DER PRÜFUNG	
	1. Veranlasst durch die Antragsteller	87
	2. Veranlasst durch das Gericht	87
	3. Veranlasst durch die Gründungsprüfer	87
V.	REFORMBESTREBUNGEN	88

8. KAPITEL

Die Rechte und Pflichten der Gründungsprüfer

I.	DIE RECHTSSTELLUNG DER GRÜNDUNGSPRÜFER	89
II.	DIE RECHTE DER GRÜNDUNGSPRÜFER	95
	1. Auskunfts- und Einsichtsrecht	95
	2. Das Recht auf Vergütung und Auslageersatz	96
III.	DIE PFLICHTEN DES GRÜNDUNGSPRÜFERS	98
	1. Die Prüfungsdurchführung als Hauptpflicht	98
	2. Die Pflicht zur verantwortlichen Leitung der Prüfung	98
	3. Die Pflichtverteilung bei Bestellung mehrerer Gründungsprüfer	99
	4. Die Pflicht, Auskunft über den Stand der Prüfung zu erteilen	100

	Seite
5. Die Pflicht zur alsbaldigen Prüfungsdurchführung	100
6. Die Pflicht zur Haftung für eine ordnungsgemässe Prüfung	100
IV. DIE AUSTRAGUNG VON MEINUNGSVERSCHIEDENHEITEN	101
1. Die Parteien, zwischen denen Meinungsverschiedenheiten bestehen können	102
2. Die Notwendigkeit für die Prüfer, Meinungsverschiedenheiten zu klären	102
3. Das gerichtliche Verfahren	103
4. Die Bedeutung der gerichtlichen Entscheidung	104
V. DIE HAFTUNG DER GRÜNDUNGSPRÜFER	105
1. Grundsätzliches	105
2. Besondere Haftungsursachen	106
3. Haftungsausmass und -begrenzung	107
9. KAPITEL	
Der formelle und materielle Prüfungsinhalt	
I. VORBEMERKUNGEN ZUM PRÜFUNGSUMFANG	109
II. DIE FORMELLE VOLLZÄHLIGKEITSKONTROLLE	110
III. DIE PRÜFUNG DER AKTIENÜBERNAHME BZW. -ZEICHNUNG UND DIE BAREINZAHLUNG	
1. Die Aktienübernahme bzw. -zeichnung	112
2. Die Bareinzahlung	113
IV. DIE PRÜFUNG DER SACHEINBRINGUNGEN	
1. Begriff der Sacheinbringungen	114
2. Die Prüfung der Bewertung der Sacheinbringungen	
a) Der allgemeine Bewertungsgrundsatz der Angemessenheit	116
b) Die Umschreibung des speziell angemessenen Wertes	119
3. Die Prüfung der rechtlichen Grundlagen	122
4. Exkurs zur Eröffnungsbilanz	122
V. DIE PRÜFUNG DER SONDERVORTEILE UND DES GRÜNDERLOHNES	
1. Vorbemerkung	125
2. Der Gründerlohn sowie der Sondervorteil und ihre begriffliche Scheidung	126
3. Prüferische Aufgaben im Zusammenhang mit Sondervorteilen und Gründungsentschädigungen	128

	Seite
VI. DIE PRÜFUNG DES GRÜNDUNGSaufwandes	129
VII. DIE PRÜFUNG DES GRÜNDUNGSBERICHTES UND DER PRÜFUNGSBERICHTE DES VORSTANDS UND DES AUFSICHTSRATS	
1. Prüfung des Gründungsberichtes	133
2. Prüfung der Prüfungsberichte des Vorstands und des Aufsichtsrats	134
10. KAPITEL	
Der Prüfungsbericht, seine Aufgaben, Gestaltung und Verwendung	
I. DIE AUFGABEN DES PRÜFUNGSBERICHTES	135
1. Information der Öffentlichkeit	135
2. Erklärung an den Registerrichter	135
3. Nachweis für den Gründungsprüfer	136
4. Unterlage für die Aktiengesellschaft	136
II. DIE BERICHTERSTATTUNG	
1. Form der Berichterstattung	136
2. Umfang der Berichterstattung	136
3. Bestätigungsvermerk	138
4. Beispiel für den Inhalt eines Prüfungsberichtes	139
III. DIE NIEDERLEGUNG DES BERICHTES	140
11. KAPITEL	
Die Folgen einer Nichtprüfung bzw. nicht ordnungsgemässen Prüfung	
I. GRUNDSÄTZLICHES	141
II. ERKENNEN UND HEILEN DER NICHTPRÜFUNG VOR DER EINTRAGUNG	141
III. DIE URSACHEN FÜR DIE NICHT DURCHGEFÜHRTE BZW. NICHT ORDNUNGSGEMÄSS DURCHGEFÜHRTE PRÜFUNG	
1. Die nicht ordnungsgemässe Prüfung des Registerrichters	141
2. Die Verschweigung der zur Prüfung führenden Voraussetzungen	142
3. Ursachen, die zu einer nicht ordnungsmässigen Prüfung führen	142

	Seite
IV. DIE FOLGEN DER NICHTPRÜFUNG	
1. Die Aktiengesellschaft entsteht trotzdem	143
2. Mittelbare Folgen einer Nichtprüfung	143
a) Nachholung der externen Gründungsprüfung	144
b) Recht, Sonderprüfung verlangen zu können	144
3. Schutz durch anderweitige Vorschriften	145
a) Zivilrechtliche Regelungen	145
b) Strafrechtliche Regelungen	146
LITERATURNACHWEIS	147
VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN	159
LEBENS LAUF	160

1. KAPITEL

Einleitung und Abgrenzung des Themas

Die aktienrechtliche externe Gründungsprüfung ist für die Entstehung des heutigen Wirtschaftsprüferstandes mitbestimmend gewesen. Mit ihrer Einführung hat eine rechtliche Konstruktion Eingang in das Verbandsrecht gefunden, die mit zu der beachtlichen Entwicklung auf dem Gebiet des Prüfungswesens und damit auch zur Bildung eines eigenen selbständigen Berufsstandes geführt hat. Diese Konstruktion stellte ein neuartiges Element im Recht dar, entstanden aus den Erfordernissen des Lebens. Es erschien daher interessant, einmal in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht der Konstruktion nachzugehen, das dabei geübte kausale Ergreifen der Lebensfaktoren, welche die Gestaltung dieser Konstruktion bestimmten, zu erforschen und schliesslich die weitere methodische Vervollkommenung zu untersuchen.

Aus diesem Grund wurden auch die gesamten Unterlagen über die Gründung einiger Gesellschaften bei den Handelsregistern in Berlin und Hamburg eingesehen, um die unmittelbare Beziehung mit der Praxis herzustellen. Hierbei sollte besonders festgestellt werden, inwieweit die rechtlichen Regelungen noch den heute hier zu Tage tretenden Interessen und Bedürfnissen gerecht werden, um von diesen aus zu entsprechenden Änderungs- und Erweiterungsvorschlägen zu kommen. Hierbei musste dann auch eine Abstimmung mit den anderweitigen vielfältigen Sicherungen, die jetzt bei der Aktiengesellschaft bestehen, getroffen werden.

Wenn naturgemäss die - wie sie im folgenden bezeichnet werden soll - aktienrechtliche externe Gründungsprüfung bei der Bearbeitung im Vordergrund stehen wird, so kann die Arbeit doch nicht darauf beschränkt bleiben. Bei einer genauen Untersuchung ist nämlich festzustellen, dass die zur externen Prüfung der Gründung führende gleiche Konstellation der Lebensfaktoren auch bei an sich anderer Verursachung im Aktienrecht gegeben ist, und der Gesetzgeber daher mit Recht die Bestimmungen über die Gründungsprüfung unmittelbar oder sinngemäss zur Anwendung kommen lässt. So unterliegt beispielsweise die Nachgründungsprüfung (§ 45, III AktG) und die Gründungsprüfung bei der Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft (§ 271 AktG) diesen Bestimmungen.

Soweit die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, ist für die Aktiengesellschaft die externe Gründungsprüfung zwingend vorgeschrieben. Für die anderen juristischen Personen sind die zu einer derartigen Prüfung führenden Verursachungsfaktoren nicht so ausgeprägt vorhanden wie bei der Aktiengesellschaft, so dass eine kritische Bewertung dieser Faktoren keine zwingende Veranlassung gegeben hat, eine gleiche gesetzliche Regelung für die Gründung zu treffen. Nichtsdestoweniger finden auf freiwilliger Basis in der Praxis oft für diese Gründungen gleichartige Prüfungen statt. Grundsätzlich bezieht sich die Arbeit aber nicht auf

diese gesetzlich nicht geregelten freiwilligen Prüfungen. Immerhin kann aber gesagt werden, dass sich auch die letzteren Prüfungen im wesentlichen nach den Vorschriften des Aktienrechtes und den von der Praxis hierfür entwickelten Methoden richten werden. Daher sind die nachfolgenden Ausführungen weitgehend auch auf diese Prüfungen beziehbar.

2. KAPITEL

Rechtliche Grundlegung des Themas

I. DIE ALLGEMEINBESCHREIBUNG DER ANGEWANDTEN METHODE DES KAUSALEN RECHTSDENKENS

Wie bereits erwähnt, soll die Konstruktion der externen Gründungsprüfung entsprechend den Grundsätzen des kausalen Rechtsdenkens untersucht werden. Von diesem Grundsatz ist daher auch die rechtswissenschaftliche Methode der Bearbeitung, die dieser Anforderung und dem Anliegen entspricht, abgeleitet worden. Sie bedarf hier jedoch noch einiger Ausführungen.

Was versteht man unter 'kausalem Ergreifen'? Man versteht hierunter ein Zurückgehen auf die rechtsbestimmenden Elemente. Es sind dies das Interesse, die Macht und das Vertrauen. Sie müssen geistig erfasst, untersucht und bewertet werden. Nur hierdurch kann dem begrifflichen Denken der erforderliche Halt gegeben werden. Die Rechtsforschung erhält dadurch eine lebens-echte Grundlage.

In diesem Zusammenhang sind besonders die neueren Untersuchungen von Müller-Erzbach über das 'kausale Rechtsdenken' 1), seine Entwicklung und methodische Vervollkommnung zu nennen. Dieser Methode werden die brauchbaren Bestandteile der sonst durch die Entwicklung weitgehend überholten kontinentalen Begriffsjurisprudenz zur Seite gestellt und weiter als unentbehrlich die Forderung hinzugefügt, 'sich daneben des Lebens durch Anschauung zu bemächtigen' 2). Das Denken sieht dabei in den juristischen Begriffen und Rechtssätzen das, was sie wirklich nur sein sollen, nämlich Chiffren für die tatsächliche typische Lebensgestaltung. Hierbei wird also wieder durchgestossen auf die existentielle

- 1) MÜLLER-ERZBACH, Das Private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens (1948) (im folgenden "Mitgliedschaft"), sowie Die Rechtswissenschaft im Umbau (1950) (im folgenden "Umbau"), vgl. auch Literaturnachweis
- 2) MÜLLER-ERZBACH: "Die Verbandsmacht - eine unbekannte Welt", Juristenzeitung 1956, S. 705

Grundlage des Rechts. Es wird so der Erstarrung in einem System entgegengewirkt und die geisteswissenschaftliche Rechtfertigung für eine vertretbare Offenhaltung des Rechts in einer voranschreitenden menschlichen Entwicklung gefunden, deren transzendenter und damit auch rechtlicher Endpunkt nicht mit menschlichen Mitteln a priori zu fixieren ist. Man erhält so eine Rechtswertlehre "mit einer ethischen Fundierung des Rechts, die der Gesetzgebung den Weg zur gerechten Regelung der Lebensverhältnisse weist" 1). Gerade an Hand des Verbandsrechts und hier gerade bei der Aktiengesellschaft kann das Wirken dieser Kräfte am besten festgestellt werden. Die Aktiengesellschaft steht im Spannungsfeld der verschiedenartigsten, teils gleich, teils entgegengesetzt verlaufender Interessen, die durch das Hinzutreten der Macht aktiv werden und entsprechend Einfluss nehmen können. Die Aufgabe des Gesetzgebers ist es nun, die am Werke befindlichen Kräfte in Bahnen zu lenken, die der Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit, (die schliesslich eine derartige Verbandsbildung innerhalb ihrer Lebens- und Rechtsordnung zulässt), gerecht werden und zum anderen den von diesen Kräften und ihren Lebensäusserungen Tangierten nicht objektiv schädigend zuwiderlaufen, sondern ihnen in einem wohl abgewogenen Masse entsprechen. Damit ist dann auch die Frage verbunden, inwieweit die Ausdehnung der Macht eines Beteiligten zulässig ist, inwieweit er daher eine Gefahr tragen kann bzw. dann auch zu tragen hat, und schliesslich auch inwieweit hierbei das für einen modernen Rechtsverkehr notwendige Vertrauen als Prinzip ausgestaltet werden soll. Der Lebensprozess unterliegt also einem rechtlichen Läuterungs- und Bewertungsverfahren. Neue Interessen und damit verbundene Machtverhältnisse können auf Grund dieses Abwägungsverfahrens geschaffen werden.

II. DIE KAUSAL BEGRÜNDETE GESAMTRECHTFERTIGUNG DER EXTERNEN GRÜNDUNGSPRÜFUNG

Im folgenden Soll nun die mitten in diesem Spannungsfeld der Verbandsgründung liegende externe Gründungsprüfung untersucht werden. Es wird dabei festzustellen sein, dass in diesem Interessenfeld die Gründer, Aktionäre, Gläubiger und Geschäftsfreunde genauso stehen, wie der Aufsichtsrat und der Vorstand und auch der neu von der wirtschaftlichen Entwicklung verlangte und vom Recht sanktionierte externe Gründungsprüfer. Die dabei bereits hier erzielte allgemeine Lebensdurchdringung wird dann erkennen lassen, warum die Gründungsprüfung und zwar eine externe notwendig ist.

Die Aktiengesellschaftsgründung geschieht durch eine Verbindung von Personen mit einem gleichgerichteten Interesse. Inhaltlich können aber, wie die Geschichte

1) MITTEIS, Die Rechtsidee in der Geschichte, Weimar 1957, S. 680

gezeigt hat, mit diesem Interesse hauptsächlich zwei sich extrem gegenüberliegende Ziele verfolgt werden. So kann einmal Ziel der Gründung nur die Schaffung eines Unternehmens sein, um dieses als Ganzes möglichst umgehend wieder abzustossen. Man schafft also nur eine Ware besonderer Art. Dann reicht das Interesse der Beteiligten nicht weit. Zum anderen kann aber das Interesse der Beteiligten dahin gehen, ein Unternehmen entstehen zu lassen, um laufend aus diesem Erträge zu erhalten. Dann reicht das Interesse weiter, es ist vor allen Dingen schon einmal auf eine gesunde Fundierung gerichtet. Diesen Fall hat der Gesetzgeber schon frühzeitig als Normalfall angesehen. Er hat deshalb Sorge dafür getragen, dass auch in dem ersteren Fall die Erwerber der neu geschaffenen Einheit die Grundlagen vorfinden, die ihnen eine gewisse Aussicht auf Erträge sichern.

Das musste der Gesetzgeber bei der Aktiengesellschaft um so mehr tun, als gerade sie darauf angelegt ist, das Eigentum aufzuteilen und damit zu mobilisieren und weit zu streuen. Das Interesse eines Erwerbers einer solchen Beteiligung als zukünftiger Aktionär ist, (bzw. wird wirtschaftspolitisch als typisch unterstellt) die dauerhafte ertragsbringende Anlage. Der Erwerber, besonders der Klein- und Mittelaktionär, hat aber in der Regel kein Einblicks- und damit auch kein Einwirkungsvermögen auf die Aktiengesellschaft und deren Gestaltung. Er kann so z.B. keine - besonders nicht als Einzelaktionär - Gewährleistungsansprüche aus dem Aktienkauf geltend machen, die in dem Unternehmen selbst begründet sind. Durch entsprechende Sicherungsmassnahmen, u.a. eben durch die externe Gründungsprüfung, schafft ihm nun dafür der Gesetzgeber eine gewisse Gewähr. Allerdings fehlt oftmals dem Klein- und Mittelaktionär das Interesse, um die in diesem und auch anderen Zusammenhang gegebenen Rechte (z.B. Sonderprüfungsmöglichkeit von unklaren Gründungsvorgängen) wahrzunehmen. "Die fehlende Triebfeder des eigenen Interesses kann aber keine Gesetzgebungskunst ersetzen" 1).

Eng verbunden mit den Interessen der Gründer sind im allgemeinen die des ersten Aufsichtsrats und Vorstands. Die Mitglieder dieser Gremien sind entweder selber Gründer oder doch von diesen direkt bzw. indirekt bestellt worden. Dass die Gemeinsamkeit der Interessen mit diesen einerseits und der Möglichkeit eines Interessengegensatzes gegenüber den späteren Aktionären und Gläubigern andererseits der Gesetzgeber erkannt hat, zeigt sich nicht nur in der Bestimmung, dass bei Vorliegen von bestimmten Umständen in diesen Persönlichkeiten es zur externen Gründungsprüfung kommen muss, sondern auch z.B. in der Bestimmung, dass die Amtszeit des ersten Aufsichtsrats nur bis zur Beendigung der ersten Hauptversammlung gilt, die nach Ablauf eines Jahres seit der Eintragung

- 1) MÜLLER-ERZBACH: Die Entartung des deutschen Aktienwesens seit der Inflationszeit in: Recht und Staat, (1926) S. 5

der Gesellschaft in das Handelsregister zur Beschlussfassung über die Entlastung stattfindet.

In der geschilderten "gesetzlichen Gewährleistung" für ein ordnungsmässiges Gründungsstadium zeigt sich bereits deutlich, dass der Gesetzgeber die Macht-sphäre der Gründer, des Aufsichtsrats und des Vorstands zu Gunsten Dritter be-schnitten hat, die zum Zeitpunkt der Gründung noch in gar keinem Verhältnis zu den genannten Gruppen bzw. dem Verbands standen, ja noch nicht einmal bekannt waren.

In gleicher Weise, aber zu Gunsten eines anderen Interessentenkreises zeigt sich, wie sehr die Verantwortung des Gesetzgebers gegenüber dem Leben gestiegen ist. Es sind hier die zukünftigen Geschäftsfreunde gemeint, die entweder von vornherein zu dem neuen Gebilde in einer Gläubigerstellung stehen werden oder aber später in eine solche Stellung kommen können. Der Gesetzgeber hat daher durch seine Rechtsgestaltung deren überragendes Interesse als Gläubi-ger an der ordnungsmässigen Bildung und Erhaltung des Haftungsstockes bei fast allen Kapitalgesellschaften entsprochen. Das feste Grundkapital lässt sich als Sicherungsinbegriff der Gläubiger heute aus dem kontinentalen Recht nicht wegdenken. Will man das Grundkapital aber in dieser Hinsicht ausgestalten, dann muss man zuvorderst dafür Sorge tragen, dass es überhaupt erst einmal voll-ständig aufgebracht wird. Diese Erkenntnis ist daher unserem Rechte schon früh-zeitig eigen. So hat man bereits in der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts die Notwendigkeit erkannt, die Beitrittskündigungen zu einem Verein rechtlich zu verselbständigen. Also auch hier wird eine Sicherung für eine Gruppe geschaffen, die im Entstehungszeitpunkt des Verbandes noch gar nicht selbst rechtlich für eben das neue Gebilde existent war.

Im Laufe der Zeiten lässt sich zur Erreichung des geschilderten Zweckes eine im-mer grössere Verfeinerung der gesetzlichen Bestimmungen feststellen. Die be-deutsamsten Entscheidungen, um die auseinanderstrebenden Interessen durch eine entsprechende Gestaltung der Machtlage im vertretbaren, gerechten Rahmen doch zusammenzuhalten, wurden jedoch erst mit der zweiten Aktienrechtsnovelle von 1884 getroffen. In dieser wurde der entscheidende Schritt gemacht, um den weiter fortgeschrittenen Lebensvorgängen voll gerecht zu werden, indem mit ihr u. a. besonders die hier zu untersuchende Konstruktion einer externen Revision zunächst einmal für die Gründung und für andere bestimmte Sonderfälle einge-führt wurde. Es ist also ein Weg der Anpassung des Rechtes an das Leben gewesen, der zu dieser Konstruktion geführt hat.

Aber noch ein weiteres von dem Spannungsfeld der Aktiengesellschaft berührtes Interesse muss hier erwähnt werden: Das ist das Interesse der Öffentlich-keit. Sie fordert, dass in der Wirtschaft nur gesunde Unternehmen tätig sind

und andere gar nicht erst geschaffen werden. Ein solches Interesse ist in der weitgreifenden Zunahme der wirtschaftlichen Verflechtung begründet. Man sagt oft, schon in der Gründung liegt der Kern für Erfolg oder Misserfolg. Letzterer kann aber eine Kettenreaktion verursachen. Das ist besonders in einer modernen Kreditwirtschaft möglich und schon geschehen. Daher steht das öffentliche Interesse hauptsächlich hinter den Wünschen der Gläubiger nach Schutz; denn sind sie ausreichend gesichert, lässt sich der Zusammenbruch eines Unternehmens eben auf das Unternehmen selbst isolieren. Daneben gilt das öffentliche Interesse aber auch den Arbeitnehmern, die nicht ihren soeben erhaltenen Arbeitsplatz durch den Zusammenbruch eines gerade gegründeten Unternehmens wieder verlieren sollen.

In dieses Spannungsfeld wird nun der Gründungsprüfer hineingestellt. Er muss - zu Lasten der die Gründung betreibenden Kräfte - mit den entsprechenden Rechten ausgestattet werden, um seine Aufgaben erfüllen zu können. Denn er ist eben nicht "jener ideale, noch nicht geborene Mensch, den die Sache eigentlich nichts angeht, der aber aus reiner Menschenliebe sich dazu hergibt, für einen beteiligten Gründer oder für sonstige Interessierte einzutreten und Bericht zu erstatten und sich verantwortlich zu machen" 1).

Es sind nun die mannigfachen Interessen, die durch die Gründung berührt werden, kurz skizziert worden, um zu zeigen, als welchen Lebensquellen die Kräfte der Rechtsgestaltung stammen, und wie und wo sie sich zu den Rechtssätzen verdichten. Gerade aber das Gebiet des Wirtschaftsrechts befindet sich im Fluss, das Recht unterliegt so auch dem Zeitgeist und den gewonnenen Erkenntnissen. Das wurde hier schon deutlich bei der kurz geschilderten Entwicklung des Gläubigerschutzes. Wie sehr sich die Dinge aber gerade in dieser Hinsicht und auch zu Gunsten des immer mehr entmachteten Minderheitsaktionärs noch in Bewegung befinden, zeigt die neuere und gegenwärtige Entwicklung. Umgekehrt proportional zum geringer gewordenen Einwirkungsvermögen der nur noch Quasibeteiligten und auch der Gläubiger entwickelten sich die für sie geschaffenen Schutzvorschriften. Sie führten über die Revision nun nicht bloss mehr der Gründung sondern auch der laufenden Abschlüsse zu den heute angestrebten Offenlegungsvorschriften in der Bilanz und vor allen Dingen in der Erfolgsrechnung.

In den folgenden rechtlich orientierten Kapiteln werden die Ursachenströme, die unter dem Leitbegriff des kausalen Rechtsdenkens stehen, in ihren zu den einzel-

- 1) HORWITZ kritisierte so das an Stelle der Revisoren zunächst vorgesehene, nichtssagende Institut der "Stellvertreter" für Vorstand und Aufsichtsrat für die Durchführung der Gründungsrevision. In der 1. Beratung der 2. Aktienrechtsnovelle am 24. März 1884 (Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Seite 203)

nen konkreten Rechtssätzen führenden Nuancen aufgezeigt werden, "um umgekehrt rückschliessend aus ihnen das Gesetz zu erfassen und auszulegen" 1). Dass aber auch im übrigen nicht entgegengesetzt verfahren werden wird, liegt in der wissenschaftlichen Methode des Wirtschaftswissenschaftlers begründet, die sich dadurch auszeichnet, "dass sie von Anfang an darauf bedacht war, den Ursachen des Geschehens in ihren Bereichen nachzugehen" 2).

3. KAPITEL

Die Bedeutung der Gründungsprüfung im Rahmen des Pflichtprüfungswesens

Nachdem die rechtlichen Grundlagen der Bearbeitung herausgearbeitet worden sind, muss nun die wirtschaftliche Bedeutung der Gründungsprüfung festgestellt werden, insbesondere welche Stellung die Gründungsprüfung im Rahmen des Pflichtprüfungswesens bisher eingenommen hat und heute noch einnimmt.

I. VERHÄLTNIS ZWISCHEN DER AKTIENRECHTLICHEN GRÜNDUNGS- UND JAHRESABSCHLUSSPRÜFUNG

Als Ausgangspunkt für die Untersuchungen soll die auf Seite 8 zusammengestellte Tabelle über die Zahl der durchschnittlichen jährlichen Gründungen und über den durchschnittlichen Jahresbestand von Aktiengesellschaften dienen.

In der genannten Aufstellung sind deutlich die Gründerepochen zu erkennen. Interessanterweise werden die sogenannten "berühmten Gründerjahre" von 1871 - 1873 von den Gründungen in den Jahren 1898 bis 1900 überflügelt und von den 1919 - 1924 erfolgten bei weitem in den Schatten gestellt.

Im Jahre 1884 wurde die externe Gründungsprüfung eingeführt. Nun sind ja nicht alle Gründungen prüfungspflichtig. Das Verhältnis zwischen prüfungspflichtigen und prüfungsfreien Gründungen spiegelt sich in etwa aus der auf Seite 9 gebrachten Darstellung wieder.

Nach diesen Feststellungen sind also rd. 84 % der Gründungen prüfungspflichtig gewesen. Dieses Verhältnis dürfte auch generell zu verallgemeinern sein.

-
- 1) MÜLLER-ERZBACH: Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht, in AcP 154, S. 309 (im folgenden "Rechtserfassung")
 - 2) MÜLLER-ERZBACH: "Rechtserfassung" a. a. O., S. 304

ZAHL DES JAHRESDURCHSCHNITTES DER GRÜNDUNGEN UND
JAHRESDURCHSCHNITTSBESTAND 1)
von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien des
Deutschen Reiches 2)

Zeitraum	Jahresdurchschnitt der Gründungen	Zeitraum	Jahresdurchschnitt der Gründungen	Zeitraum	Jahresdurchschnitt der Gründungen
1871-73	309	1883-85	138	1895-97	199
1874-76	62	1886-88	155	1898-1900	318
1877-79	44	1889-91	252	1901-03	110
1880-82	101	1892-94	105	1904-06	169

Zeitraum	Jahresdurchschnitt der Gründungen	Jahresdurchschnittsbestand	Zeitraum	Jahresdurchschnitt der Gründungen	Jahresdurchschnittsbestand
1907-09	183	5138 3)	1928-30	315	11335
1910-12	179	5348 3)	1931-33	121	9740
1913-15	117	5494 3)	1934-36	46	7887
1916-18	123	5560 3)	1937-39	24	5601
1919-21	620	6001	1940-42	39	4860 3)
1922-24	4000	14309	1952-54 4)	54 5)	3194
1925-27	302	13505	1955-57 4)	22 5)	2944

1) aufgestellt auf Grund der Angaben

1871 - 1891 im Deutschen Oekonomist, Jahrgang 1892, S.4

1892 - 1906 in der Zeitschrift für Aktiengesellschaften und der Handelsgesellschafter (bzw. Gesellschaft mit beschränkter Haftung), Jahrgang 6 S.138, Jahrgang 12, S.106, Jahrgang 14, S.251

1907 - 1942 Jahrbücher des Statistischen Reichsamtes

1952 - 1956 Jahrbücher des Statistischen Bundesamtes und Statistischen Landesamtes für Berlin

1957 Wirtschaft und Statistik 1958, Seite 168

2) Nur Gründungen und Bestände mit in Landeswährung bilanziertem Grundkapital
Ausnahme zur Zeit der Goldmarkbilanzierung und DM-Bilanzierung, hier Mk - RM und RM - DM - Posten zusammengefasst (ohne Saarland)

3) Durch Interpolierungen gewonnen auf Grund der Angaben über Bestandsänderungen

4) Bundesgebiet und Westberlin, Berliner Gründungen; Eigenerhebungen
Berliner Bestände : Jahrbuch des Statistischen Landesamtes Berlin

5) Position heisst jetzt: Neugründung, Fortsetzung

TABELLE 1

Verhältnis der prüfungspflichtigen zu den nicht prüfungspflichtigen Gründungen

Untersucher	Untersuchungsort, bzw. -bezirk	Zeitraum	Fälle	geprüft		ungeprüft	
				Zahl	%	Zahl	%
nach Levy 1)	Stadtbezirk Berlin	1884-92	150	126	84	24	16
Sattler 2)	Frankfurt/M	1884-91	20	15	75	5	25
Böhme 3)	Sachsen	1900-10	146	130	89	16	11
eigene Erhe- a)	Berlin	1949-57	18	12	67	6	33
bungen 6) b)	Hamburg	1949-57	22	15	68	7	32
			356	298	84	58	16

TABELLE 2

Verhältnis von qualifizierten Prüfern zu sonstigen Revisoren bei der Gründungsprüfung

Untersucher	Prüfungen	durch berufliche Revisoren		durch sonstige Revisoren	
		Zahl	%	Zahl	%
nach Levy 1)	126	48	38	78	62
Zahn 4)	54	-	-	54	100
Sewering 5)	200	200	100	-	-
eigene Erhe- a)	12	11	92	1	8
bungen 6) b)	15	15	100	-	-
		407	274	133	33

Bemerkungen zu den Tabellen 1 und 2

- 1) Zusammengestellt nach der Aufstellung bei Levy (22. Juristentag) Seite 217 ff
- 2) Sattler, a.a.O., Seite 20) enthalten weiter keine für eine Aufschlüsselung
- 3) Böhme, a.a.O., Seite 8) nach Tabelle 2 brauchbaren Angaben
- 4) Zahn, a.a.O., Seite 237) Angaben konnten für Tabelle 1 nicht verwandt
- 5) Sewering a.a.O., Seite 168) werden, auch für Tabelle 2 nur mit Vorbehalt verwendbar
- 6) Eigene Erhebungen für: Berlin 1949 - 1957 lückenlos alle Gründungen
Hamburg ab 1952 - bis auf 3 Entflechtungsausgründungen - lückenlos;
von den 7 ungeprüften Fällen wären an sich 4 weitere Gründungen prüfungspflichtig gewesen. Vgl. 6. Kapitel, II, 2 a

Um aber nun wirklich die Bedeutung für den Berufsstand zu ermitteln, muss die Frage beantwortet werden, inwieweit Bücherrevisoren bzw. Wirtschaftsprüfer für diese Tätigkeit herangezogen worden sind, da auch andere Personen mit der Prüfung beauftragt werden können. Hierüber geben nur zum Teil die Erhebungen der Untersuchungen Aufschluss, wie sich aus der auf Seite 9 gebrachten Zusammenstellung ergibt.

Man kommt daher zu der Feststellung, dass nur etwa 67 % der Prüfungen von Personen ausgeführt worden sind, die Bücherrevisoren bzw. Wirtschaftsprüfer waren. Stellt man nun über die bereits gewonnene Verhältniszahl zwischen prüfungspflichtigen und -freien Gründungen die Beziehung zu den Gründungen selbst her, so ergibt sich das ungefähre Bild, dass an etwa 56 % der Gründungen Angehörige des Revisionsberufes im Rahmen der Gründungsprüfung tätig waren. Inzwischen hat sich allerdings ganz deutlich eine Verschiebung zu Gunsten der Angehörigen der wirtschaftsprüfenden Berufe ergeben. Mit den Aufstellungen wurde eine brauchbare Vorstellung gewonnen. Eine solche ist besonders wichtig, wenn eine Beziehung zu der anderen aktienrechtlichen Pflichtprüfung, nämlich der des Jahresabschlusses, hergestellt werden soll.

Die aktienrechtliche Pflichtprüfung des Jahresabschlusses ist erst mit der Notverordnung vom 19.9.1931 eingeführt worden. Dennoch ist es satzungsmässig und auch aus freiem Entschluss der verantwortlichen Organe lange vorher üblich gewesen, derartige Prüfungen durchführen zu lassen. Ein Vergleich der jährlichen Gründungen mit der jeweils bestehenden Zahl von Aktiengesellschaften zeigt, dass die Gründungen in normalen Jahren etwa 2 - 3 % des Bestandes betragen und gegenwärtig noch weniger ausmachen. In diesem, wenn nicht in einem noch weit höheren Umfange dürften schon vor 1931 laufend Abschlussprüfungen durchgeführt worden sein 1). Da diese aber im allgemeinen bereits nur von qualifizierten Revisoren durchgeführt worden sind, ist das Verhältnis zu den Gründungsprüfungen, bei denen dies - wie aufgezeigt - nicht der Fall gewesen ist, wohl ein noch ungünstigeres gewesen.

Es muss hier ferner noch berücksichtigt werden, dass der Aufwand an Zeit bei den Abschlussprüfungen ein weit grösserer ist, als bei den Gründungsprüfungen, auch wenn es sich um qualifizierte Gründungen handelt. Eine auf Seite 11 gebrachte Gegenüberstellung aus neuerer Zeit soll auch hier zumindest eine Vorstellung in kapitalmässiger Hinsicht vermitteln.

1) KLAUSING, Reform des Aktienrechts, Berlin 1931, S.172 "Tatsächlich hatte sich ... eine periodische oder sogar laufende Rechnungsprüfung bei einem nicht unerheblichen Teil ... bereits seit geraumer Zeit eingebürgert ..." und Seite 174 "... bis 60 % aller Aktiengesellschaften".

Vergleich der Kapitalverhältnisse zwischen gegründeten und bestehenden Gesellschaften 1)

Jahr	Kapitalverhältnisse der gegründeten Gesellschaften 2)		Kapitalverhältnisse der bestehenden Gesellschaften 3)			
	Zahl der Gründungen	Durchschnittskapital pro Gründung DM	Gesamtzahl der AG	Durchschnittskapital einer AG DM	Auswahl von AG's	Durchschnittsbilanz- nettwerte einer AG DM 5)
(1.4. -31.12.)						
1952 4)	15	860 000.--	2428	5 600 000.--	2090	23 200 000.--
1953 4)	[52]	[28 000 000.--]	2393	6 900 000.--	1963	25 300 000.--
1954 4)	[25]	[22 000 000.--]	2347	7 400 000.--	1963	31 500 000.--
1955 4)	15	2 260 000.--	2299	8 100 000.--	2000	36 800 000.--
1956	15	2 840 000.--	2262	8 800 000.--	2000	40 800 000.--

1) Entnommen: aus den Statistischen Jahrbüchern für die Bundesrepublik Deutschland sowie Wirtschaft und Statistik, 1958, Seite 227
(nur Bundesrepublik)

2) DM und RM - Gründungen als gleichwertig zusammengerechnet

3) Ohne Banken, Versicherungen und Beteiligungsgesellschaften

4) Die Gründungskapitalien sind durch die Entflechtungsausgründungen stark verzerrt.

Voll ausgesondert werden konnten sie nur

für 1952 mit 47 Gründungen und Mill. DM 1038,0

1955 mit 3 Gründungen und Mill. DM 97,6

Nicht voll ausgesondert werden konnten sie für 1953 und 1954.

Sie wurden daher auch nicht berichtet. Bekannt geworden sind folgende Entflechtungsausgründungen

für 1953 15 Gründungen mit Mill. DM 596,1

1954 1 Gründung mit Mill. DM 23,0

In Wirklichkeit dürften aber noch weit mehr Entflechtungsausgründungen vorgenommen worden sein.

entnommen: Wirtschaft und Statistik 1953/164, 1954/135, 1955/142,
1956/154

5) Nettowerte gleich: Anlagevermögen, Umlaufvermögen, ausgewiesener Reinverlust, sonstige Aktiva.

Aus den in der Aufstellung ersichtlichen Kapitalrelationen zwischen den gegründeten und den bestehenden Gesellschaften ist einwandfrei zu folgern, dass auch hinsichtlich des Prüfungsvolumens die Gründungsprüfungen weit hinter den laufenden Abschlussprüfungen zurückstehen.

Man kommt also zu der Feststellung, dass die Gründungsprüfung wohl in den ersten Jahren nach der zweiten Aktienrechtsnovelle von Bedeutung war. Diese Bedeutung ging aber im Verhältnis zu den laufenden Prüfungen bald wieder verloren. Die Gründungsprüfung ist fernerhin weniger von der praktischen Seite, als mehr von der theoretisch rechtlichen Seite von Bedeutung für die Entwicklung des Prüfungswesens gewesen. Sie hat heute einwandfrei nur noch die Stellung einer Spezialprüfung, die aber gesetzlich vorgeschrieben ist. Ein Grund zu dem Rückgang der Gründungen von Aktiengesellschaften ist in der wesentlichen Zunahme von Gründungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu suchen. Sie ist heute die wahre *société anonyme*. Es sind also hier noch die in diesem Zusammenhang interessierenden Verhältnisse der Aktiengesellschaften zu den Gesellschaften mit beschränkter Haftung festzustellen.

II. VERHÄLTNIS DER GRÜNDUNGEN UND DER BESTÄNDE VON AKTIENGESELLSCHAFTEN ZU DENEN VON GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG

Ein Überblick soll einmal hinsichtlich der Zahl der Gründungen und der Bestände und zum anderen hinsichtlich des kapitalmässigen Gewichtes dieser beiden Unternehmungsformen gewonnen werden.

Vergleich: Gründungen, Durchschnittsgrund- bzw. -stammkapitalien pro Gründung zwischen Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung 1)

	Aktiengesellschaften		
	Gründungen Jahresdurchschnitt	Grundkapital pro Gründung MK	Bestände 4) Jahresdurchschnitt
1910-12	179	1 350 000	5 348
1928-30	315	1 480 000	11 335
1937-39	24	6 300 000	5 601
1955 2)	15	2 260 000	2 633
1956 2)	20	2 480 000	2 601

	Gesellschaften mit beschränkter Haftung		
	Gründungen Jahresdurchschnitt	Stammkapital pro Gründung MK	Bestände 5) Jahresdurchschnitt
1910-12	4010	89 000	-
1928-30	4099	-	54 722 3)
1937-39	709	208 000	23 540
1955 2)	2611	83 000	30 755
1956 2)	2645	148 000	34 532

- 1) Zusammengestellt nach den statistischen Jahrbüchern
- 2) 1955 nur Bundesgebiet, 1956 einschliesslich Westberlin
- 3) durch Interpolation rückwärts von 1937 aus gewonnen
- 4) Bestände an Aktiengesellschaften
- 5) Bestände an Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Aus der Gegenüberstellung dieser beiden Unternehmungsformen ergibt sich das bedeutende zahlenmässige Übergewicht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Dass der Gesetzgeber trotzdem nicht für diese Rechtsform gleiche oder ähnliche Vorschriften über die externe Gründungsprüfung eingeführt hat, liegt unter anderem daran, dass das kapitalmässige Gewicht der Gründungen (wie das auch der Bestände) von Gesellschaften mit beschränkter Haftung nicht so gross ist, wie bei der Aktiengesellschaft. Bei der Abwägung der einzelnen Faktoren kam so der Gesetzgeber zu dem Ergebnis, dass hier eine derartige besondere Prüfung nicht notwendig ist. Die Sicherung der Interessen der von der Gründung berührten Kreise kann vielmehr auf andere Weise erreicht werden. Schliesslich sollen auch mit der Gesellschaftsform der GmbH grundsätzlich die Bedürfnisse ganz anderer Kreise befriedigt werden.

4. KAPITEL

Die Geschichte des Institutes der externen Gründungsprüfung

I. ALLGEMEINE VORGESCHICHTE

1. Vorbemerkung

Die vorgeschichtliche Untersuchung der externen Gründungsprüfung erstreckt sich darauf festzustellen, wie sich die Ausgestaltung des Schutzes besonders der Aktionäre, aber auch der Gläubiger und der Öffentlichkeit allgemein entwickelt hat. Die erste Feststellung, die dabei getroffen werden muss, ist, dass der Weg zur externen Gründungsprüfung über die staatliche Konzessionierungsprüfung geführt hat. Diese gleichfalls "externe Prüfung" war Ausfluss der seinerzeitigen Benutzung der Aktiengesellschaftsform zur staatlichen Macht- und Wirtschaftspolitik. Erst im Laufe der Zeit hat sich diese Rechtsform von der engen Fessel gelöst. Entsprechend diesem geschilderten Werdegang ergibt sich ohne weiteres die für die nachfolgende Untersuchung getroffene Einteilung. Der Vorgeschichte folgt dann mit der ersten selbständigen Regelung der besonderen Gründungsprüfung erst die "eigene Geschichte" des Institutes.

Wenn man nun über die Konzessionierungsrichtlinien hinaus gesetzliche Schutzbestimmungen für die Gründung von Aktiengesellschaften in der damaligen Zeit sucht, so muss man berücksichtigen, dass man vor rund 150 Jahren erst am Anfang der industriellen Revolution stand. Die Aktiengesellschaft wurde vielmehr in jener Zeit gerade als das geeignetste Instrument entdeckt, um etwas risikoreichere Geschäfte durchführen zu können. Man war sich so im allgemeinen durchaus bewusst, dass man zu einem guten Teil sein investiertes Geld wieder verlieren könne. Auch ein weiterer Punkt ist zu berücksichtigen. Man wusste damals noch, zumindest bei der Gründung vieler Aktienunternehmungen, mit wem man sich verband. Daher stand das Erfordernis, eingehende materielle Schutzbestimmungen bei der Gründung zu erlassen, nicht so sehr im Vordergrund. Im übrigen waren damals, ganz im Gegensatz zu heute, fast alle Aktiengründungen reine Bargründungen. Gründungen überwiegend mit Sacheinlagen und Sachübernahmen, die die wesentlichste Ursache für die externen Gründungsprüfungen heute bilden, waren seinerzeit grundsätzlich nicht gestattet. So wurde in der (preussischen) Cirkularverfügung vom 7. Juli 1856 1) festgestellt, dass Anträge auf staatliche

1) Circular-Verfügung betreffend die Prüfung der Anträge auf Genehmigung der Errichtung von Aktiengesellschaften für Gewerbe- und Handels-Unternehmungen abgedruckt bei Weinhausen, Recht der Actiengesellschaften, Köln 1866, Anhang S. 89

Genehmigung von Aktiengesellschaften dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn "die Errichtung einer Aktiengesellschaft hauptsächlich nur den Zweck hat, bereits bestehende gewerbliche Anlagen ... durch Umgestaltung in eine Aktienunternehmung vorteilhaft zu verwerten und das darin verwendete Kapital durch Umwandlung in Aktien an die Börse zu bringen ... Es ist daher bei Prüfung der Anträge auf Genehmigung dieser Gesichtspunkt jederzeit zu beachten".

Für die weitere Untersuchung muss zunächst festgestellt werden, wo in Deutschland die Aktiengesellschaft zuerst weitergehend rechtlich geregelt wurde. Nur eine solche Regelung kann Gegenstand der Untersuchung sein. Man kommt dabei zur Feststellung, dass mit Ausnahme des französischen Rechtsgebietes (Rheinpreussen, Baden, Rheinbayern und Rheinhessen - hier der code de commerce), in Deutschland bis zur Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (AHGB) nur in Preussen (Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9.11.1843) und in Österreich (Vereinsgesetz gemäss kaiserlichem Patent vom 26.11.1852) das Recht der Aktiengesellschaften geregelt war ¹⁾. Im folgenden sollen nur die preussischen Kodifikationen und Verfügungen untersucht werden.

2. Preussisches Recht

Die interessierenden Schutzbestimmungen in den preussischen Gesetzen waren unterschiedlicher Art. Naturgemäss richteten sie sich hauptsächlich auf die Aufbringung des Aktienkapitals. So bestimmte das Aktiengesetz von 1843, dass die Ausgabe von Inhaberaktien, Promessen, Interimsscheinen u. ä. nicht vor Einzahlung des gesamten Nominalbetrages erfolgen dürfe (§ 11, Ziff. 1 AktG 1843).

Von wesentlicher Bedeutung neben den Gesetzen waren die sogenannten "Instruktionen", eine Art von Verwaltungsrichtlinien für die Behörden, denen die Konzessionierung übertragen worden war. Sie sind jedoch auch allgemein bekannt gemacht worden. Man könnte sie wohl auch "Prüfungsrichtlinien für die Konzessionierung von neuen Aktiengesellschaften" nennen. So wird in der zu dem angeführten Gesetz ergänzend am 22.4.1845 ergangenen Instruktion ²⁾ unter III. bestimmt;

"In allen Fällen kommt es ferner darauf an, dass die Gesellschaft durch die Art ihrer Begründung eine genügende Bürgschaft gegen Täuschungen und Beeinträchtigungen des Publikums gewähre. Demgemäss ist die Prüfung sowohl auf die Zuverlässigkeit und Solidität derjenigen, welche an die Spitze des Unternehmens treten, als auch die Zulänglichkeit der zusammenzubringenden Fonds für die Begründung und den Betrieb des Unternehmens in dem beabsichtigten Umfang mit zu richten."

1) Angaben nach Weinhausen, a. a. O., Einleitung S. XXXVI

2) Abgedruckt bei Weinhausen, a. a. O., Anhang S. 41

Auch schon für das Eisenbahngesetz vom 30. 11. 1838 wurde in den Instruktionen 1) festgelegt, dass die Prüfung u. a. ausgerichtet werden müsse:

§ 5, Ziffer:

- 6) "auf die Solidität der an die Spitze des Unternehmens tretenden Personen
- 7) auf die Vorschläge wegen Zusammenbringung des Fonds, wobei besonders die Massregeln zu berücksichtigen sind, welche zu nehmen sein werden, um Aktienschwindel zu verhüten."

Nach § 1 dieser Instruktion waren auch beim Antrag Angaben über die Aussicht auf den zukünftigen Verkehr und die technischen Verhältnisse zu machen.

Die Prüfungstätigkeit des Staates entwickelte sich immer mehr. Wie umfangreich sie bereits 1856 war, zeigt die in der Circularverfügung vom 29. 3. 1856 2) erfolgte "Zusammenstellung einiger bei Prüfung der Statuten von Aktiengesellschaften angenommenen allgemeinen Grundsätze". Diese Zusammenstellung umfasst allein 57 Prüfungspunkte. Danach waren u. a. nachzuweisen:

Ziffer

- 5) "dass das Grundkapital durch hinlänglich sichere Personen gezeichnet worden ist".
- 18) mindestens im Laufe des ersten Jahres sind 20 % des Aktienkapitals einzuzahlen.
- 41) Unverhältnismässig hohe Tantiemen sind nicht zu gestatten.
- 52) In den Statuten ist "die Wahrung des staatlichen Aufsichtsrechts" aufzunehmen.

Diese Verordnungen behielten auch nach Erlass des AHGB ihre Gültigkeit bis zur Aufhebung der Vorschriften zur staatlichen Genehmigung durch die Aktienrechtsnovelle vom 11. Juni 1870.

Man kommt also zu dem Ergebnis, dass man seinerzeit wohl schon einen guten Teil der die wirtschaftlichen Verhältnisse gestaltenden und auf sie einwirkenden Kräfte erkannt hatte, sie aber nicht in eigentliche gesetzliche Normen zu fassen suchte, sondern bemüht war, die Interessen der Beteiligten durch fortlaufende neue und verfeinerte Verwaltungsrichtlinien in geordneten Bahnen zu halten. So kam es - besonders für die Gründung - zu einer ausgeklügelten externen Prüfung durch den Staat bzw. durch seine Organe. Auch wenn die Prüfungsbehörden nun nicht in ihren Rechten im einzelnen so festgelegt waren, wie der spätere Gründungsprüfer, so konnte doch auf die Dauer der Staat mit seinen Organen und deren kameralistische und verwaltungsjuristische Organisation diesen Aufgaben letztlich bei der beschleunigt fortschreitenden wirtschaftlichen Entwicklung nicht mehr genügend gerecht werden.

- 1) Abgedruckt bei Weinhagen, a. a. O., Anhang S. 38
- 2) Abgedruckt bei Weinhagen, a. a. O., S. 80

3. Das Recht des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches

a) Das Recht der Aktiengesellschaft

Zu einer eingehenden Untersuchung, wie in Deutschland im Rahmen des zu schaffenden Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches der Schutz der interessierten Kreise bei der Gründung von Aktiengesellschaften zu treffen ist, kam es bei den Kommissionsberatungen in Nürnberg. Interessant ist für die dabei bewiesene Geisteshaltung die Meinung eines Hamburger Abgeordneten 1).

"Gegen die alsdann vorkommenden Missbräuche, soweit dieselben sich auf die davon berührten Interessen von Privaten beziehen, gibt es hauptsächlich nur ein Mittel, nämlich die eigene Erfahrung des Publikums, welche dahin führt, dass die Einzelnen selbst die erforderliche Vorsicht und Mässigung anwenden, um sich vor Schaden in acht zu nehmen, ohne sich vorzugsweise auf die obervormundschaftliche Fürsorge des Staates zu verlassen."

Jedoch kam es nicht ganz zur Durchsetzung dieser Wünsche, denn im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch wurde weiterhin an dem Grundsatz der staatlichen Genehmigung festgehalten. Es wurden daher keine Schutzbestimmungen gegen den Gründungsschwindel in das Gesetz selbst aufgenommen. In den eingebauten Gründungsbestimmungen wurde nur die Erfüllung von Voraussetzungen und Formen gefordert, unter denen, wenn sie erfüllt worden sind, die Gründer die Staatsgenehmigung nachsuchen können. Man mass damals in der Mehrheit diesen Dingen "keinerlei civilrechtliche Bedeutung" bei. Vielmehr wäre die rechte Stelle für Bestimmungen, wie etwa den Nachweis, dass das erforderliche Kapital auch wirklich aufgebracht worden ist u. a. m., in den Verordnungen, in welchen die Formen für die Einholung der Staatsgenehmigungen vorgeschrieben werden 2). Man hat deshalb auch einen zunächst vorgesehenen Artikel 183 (Preussischer Entwurf für das AHGB), in dem besondere Kautelen für Sacheinlagen und Sachübernahmen festgelegt waren, als "unzulässige Bevormundung" 3) abgelehnt. Ganz anders nämlich bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (vgl. unten). So schreiben denn auch Anschütz / v. Völderndorff 4) u. a. "Wenn sich die strengen Vorschriften über die Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht auch auf die Aktiengesellschaft ausgedehnt finden, so liegt der Grund hiervon darin, dass dieselben nach der ursprünglichen Anlage

-
- 1) Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Würzburg 1858, S. 320
 - 2) "Protokolle", a. a. O., Seite 317
 - 3) "Protokolle", a. a. O., Seite 329
 - 4) ANSCHÜTZ, v. VÖLDERNDORFF, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch mit Ausschluss des Seerechts, 1868, Seite 401

des preussischen Entwurfs, (in dem diese Vorschriften, wie geschildert, vorgesehen waren), die staatliche Genehmigung ersetzen sollten", wozu es dann aber doch nicht gekommen ist.

b) Das Recht der Kommanditgesellschaft auf Aktien als Wegbereiter.

Interessant ist hier, dass man für die Kommanditgesellschaft auf Aktien bereits damals für die Gründung weitergehende Schutzvorschriften als für die Aktiengesellschaft getroffen hat. Das hatte seinen Grund darin, dass man die Kommanditgesellschaft auf Aktien möglichst von der staatlichen Genehmigungspflicht befreien wollte. Gewiss war auch für diese Gesellschaftsform eine derartige Genehmigung grundsätzlich vorgeschrieben worden, doch wurde von der Ermächtigung des Artikels 206 AHGB weitgehend Gebrauch gemacht. Weil man nun aber schon grundsätzlich für eine Freigabe dieser Gesellschaftsform war, machte man sich immerhin einige Erfahrungen aus Frankreich zunutze und übernahm die Bestimmung über Sacheinlagen und Sachübernahmen (für letztere aber z. T. bestritten 1)). In Frankreich hatte man die gewonnenen Erfahrungen in der Bestimmung Art. 4 des Gesetzes von 1857 verwertet.

Nach dem Artikel 180 AHGB hatten Sacheinlagen und Sachübernahmen (vgl. Bemerkung oben) sowie besondere Vorteile zu Gunsten einzelner Gesellschafter nur rechtliche Wirkung, wenn die Abschätzung und Prüfung der Zulässigkeit in einer Generalversammlung der Kommanditisten (=aktionäre) erfolgte und in einer weiteren, späteren Generalversammlung die Genehmigung erteilt wurde.

Die Vorschrift enthält also die erste weitergehende Schutzvorschrift für das Gründungsstadium im deutschen Recht. Anschütz/v. Völderndorff stellen hierzu fest: "Der Artikel gibt ... den Aktionären wenigstens ein Mittel an die Hand, derartige Anträge und Bedingungen selbständig zu prüfen oder prüfen zu lassen" 2). Ein erster Versuch also, die Macht der Gründer und des Komplementärs zu Gunsten eines höheren Einwirkungsvermögens der Kommanditaktionäre zu beschneiden.

4. Die erste Aktienrechtsnovelle vom 10. Juni 1870

Mit der ersten Aktienrechtsnovelle wurde das bisherige System der staatlichen Konzessionierung und damit auch der staatlichen Prüfung der Gründung aufgehoben und durch die sogenannten Normativbestimmungen ersetzt. Man hatte eingesehen, dass die staatliche Genehmigung keineswegs geeignet gewesen war, "die Erreichung ihres wesentlichsten Zweckes, die Aktionäre und Gläubiger vor Aus-

1) "Protokolle", a. a. O., Seite 381

2) ANSCHÜTZ, v. VÖLDERNDORFF, a. a. O., Seite 436

beutung und Verlusten zu schützen, in hinreichendem Masse zu sichern, welchem Zwecke sie vielmehr entgegenwirke, weil sie ein unter Umständen nicht gerechtfertigtes Vertrauen im Publikum erwecke und letzteres zu verleiten vermöge, die nötige Vorsicht ausser Acht zu lassen" 1).

Bei einer derartigen Auffassung des Gesetzgebers lag der Gedanke an eine externe Prüfung durch Revisoren mit ihrer fast amtsähnlichen Stellung völlig abseits. Diese wäre ja dann nur - nach der damaligen Auffassung - ein anderes Gewand für die bis dahin erforderliche staatliche Konzessionierung gewesen. So wurde auch eine derartige Konstruktion von keiner Seite vorgeschlagen. Man war sich vielmehr einig, die gesamte Verantwortung auf die Beteiligten abzuwälzen und den Staat - bis auf die notwendige förmliche Registrierung - aus der Gründung und der Beaufsichtigung herauszuhalten. Die Gedankenwelt der gesetzgebenden Körperschaft war dem liberalen Zeitgeist, der sich besonders auf dem wirtschaftlichen Gebiet auswirkte, unterworfen.

Das Gesetz ist überdies forciert gegen Ende der Legislaturperiode beraten worden 2), so dass man sich nicht tiefergehend mit der Materie beschäftigen konnte. So ist für das Gründungsstadium als wesentlich nur der Artikel 209 b zu nennen. Dieser bestimmt, dass bei Sacheinlagen und Sachübernahmen, sowie bei Gewährung besonderer Vorteile an Aktionäre, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht zwischen sämtlichen Aktionären geschlossen worden ist, die Generalversammlung den Vertrag zu genehmigen hat. Der Vertrag muss von mindestens 25 % der Aktionäre mit mindestens 25 % des Grundkapitals genehmigt werden. Eine ähnliche Vorschrift wurde bezüglich der Vollzeichnung des Grundkapitals geschaffen, wobei auch festgestellt werden musste, dass mindestens 10 % (bei Versicherungs-AG 20 %) des Grundkapitals eingezahlt worden sind.

Durch die erste Aktienrechtsnovelle wurde also die bisherige staatliche Prüfung aufgehoben und nur in ganz abgeschwächtem Umfange der Generalversammlung übertragen. Auch der zu sehr unter dem Einfluss von den Gründern und ersten Aktionären stehende Aufsichtsrat, der nach Horwitz 3) "nach der Intention des Gesetzes vom 11. Juni 1870 bestimmt gewesen (sei), einen Ersatz zu schaffen für den fortgefallenen Staatskommissarius", konnte, besonders wegen Fehlens entsprechender gesetzlicher Betätigungsverfahren für das Gründungsstadium, keine aus-

1) PAPE, Stenographische Berichte des Reichstages 1870, Seite 1056

2) z.B. SCHULZE und MEIER, Stenographische Berichte des Reichstages 1870, Seite 1057 und 1060

SONNEMANN, Stenographische Berichte des Reichstages 1873, Seite 228 und LASSE, Seite 231

3) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Seite 203

reichende Sicherheit für die von der neuen Gesellschaft tangierten Kreise bieten.

Seinerzeit konnte der Staat vor der Genehmigung weitere Auskünfte verlangen oder Nachprüfungen betreiben. Er hatte immerhin einen tieferen Einblick, als ihn nun die Aktionäre bei der neu geschaffenen Machtlage selber erhalten konnten. Die bisher doch wenigstens etwas vorhandene Gewähr für dritte Personen ist sogar gänzlich verloren gegangen. Der Schutz gegenüber vorher hat sich dadurch wesentlich verschlechtert.

II. DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG AUF GRUND DER ZWEITEN AKTIENRECHTSNOVELLE VOM 18. JUNI 1884

1. Die Vorgeschichte (Gründerepoche)

Mit der Aufhebung der staatlichen Konzessionierung war die Rechtsform der Aktiengesellschaft vollständig den interessierten Kreisen freigegeben. Jeder, der etwas unternehmen, aber die vermögensmässige Haftung beschränkt wissen wollte, konnte nun zur Gründung einer Aktiengesellschaft schreiten. Es ist verständlich, dass nun auch Kreise sich dieses an sich nützliche Instrument der Industrialisierung für ihre "eigenen Zwecke" nutzbar zu machen suchten. Hinzu kam, dass durch den Ausgang des Deutsch-Französischen Krieges von 1870/71 eine Kriegsentschädigung von 5 Milliarden Francs nach Deutschland floss und eine entsprechende Anlage suchte. Schliesslich befand man sich mitten in der ersten industriellen Revolution. Diese Faktoren insgesamt führten schliesslich zu der Vielzahl von echten sowie spekulativen Gründungen von Aktiengesellschaften. Von 1871 bis 1873 wurden allein 928 Aktiengesellschaften gegründet, jährlich also über 300 Gesellschaften, während am 1. Juli 1870 der Bestand 410 Aktiengesellschaften betrug.

Doch nur zum Teil war mit der Gründung die Schaffung neuer produktiver Anlagen verbunden. Die Gründer "warfen vielmehr Werte zusammen oder schufen Banken, die ihrerseits abermals gründeten und, das nie eines volkswirtschaftlichen Zweckes wegen, sondern nur stets der Erzielung eines Gründergewinnes wegen. Alles nur um's Agio" 1). Ähnlich wird die Geisteshaltung der Gründer in der Preussischen Denkschrift 2) beschrieben. Die Gründer sind beseelt "von keinem anderen Motiv als dem der Sicherung des eigenen Gründerlohnes und der Abwen-

1) MEYER, R., Politische Gründer und die Corruption in Deutschland, Leipzig 1877, Seite 14

2) Denkschrift zum Antrage Preussens beim Bundesrath betr. Reform der Aktiengesetzgebung, Berlin 1877, Seite 8

dung jeder weiteren Verantwortlichkeit... Ihnen dient vielmehr die Gründung nur als Mittel der Realisierung des Gründergewinnes und geben sie das Unternehmen selbst, sobald dieser Zweck erreicht ist, je eher, je lieber preis". Die wenigen Schutzvorschriften bei Sacheinlagen und Sachübernahmen wurden "bei der Aktiengesellschaftsbildung durch Gründung mit ihren von den Gründern gespielten Generalversammlungen 1) einfach umgangen. Zudem boten auch die Rechtslehre und Rechtsprechung nur wenig Hilfe. Die damalige Gesetzesinterpretation verwehrte ein mögliches Zurückgehen auf die typische Gestaltung der für die Bildung des gesetzten Rechts kausal gewesenene Konstellation der Lebensfaktoren.

Die Aktiengesellschaftsgründung wurde also vielfach Selbstzweck. Sie stand nicht mehr mit den wahren wirtschaftlichen Vernunftbetrachtungen in Verbindung. Es ist verständlich, dass eine derartige Spekulation, losgelöst von den wirtschaftlichen Tatsachen, irgendwann einmal die Krisis nach sich ziehen musste. So kam es zu dem Zusammenbruch der Spekulation im Jahre 1873.

Von 843 in Preussen in der Zeit von 1871 bis 1873 gegründeten Gesellschaften mussten bis 1879 148 Gesellschaften Kapitalherabsetzungen durchführen, 237 Gesellschaften liquidieren und 61 Gesellschaften ihren Konkurs anmelden 2).

Im einzelnen gingen allein für die Aktionäre verloren 3) durch:

Kapitalherabsetzungen (überwiegend durch Verluste bedingt)

von 1874 bis 1879	Mk	415 500 000, --
-------------------	----	-----------------

Liquidationen (Betrag erst aus etwa 50 % der Liquidationseröffnungen)

von 1871 bis 1879	Mk	241 700 000, --
-------------------	----	-----------------

Konkurse

von 1871 bis 1879	Mk	103 900 000, --
-------------------	----	-----------------

Der überwiegende Teil dieser Verluste ist auf unsolide Gründungen zurückzuführen. Mit aller Deutlichkeit wurde damals die wechselseitige Verflechtung demonstriert, indem nicht bloss solide andere Gesellschaften in die Krisis mit hineingezogen wurden, sondern "es erfasste, über den Kreis der Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft hinausgehend, in der Berührung der letzteren mit dem Privatgewerbe auch dieses" 4).

1) WIENER, Die Errichtung der Actiengesellschaft und die Gründerverantwortlichkeit, ZHR 1879, Seite 32

2) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilagenband Seite 240

3) wie vor, a. a. O., Seite 240

4) wie vor, a. a. O., Seite 240

Es wurden daher nun auch die Stimmen lauter, die einen Schutz vor rein spekulativen, schwindelhaften Gründungen verlangten. Sie führten zu der im Reichstag von dem Abgeordneten Lasker am 4.4.1873 vertretenen und am 27.3.1873 eingebrachten Interpellation, in welcher beim Reichskanzler angefragt wurde, ob 1. "die Missbräuche, welche im Zusammenhange mit dem jetzigen Zustande und der üblichen Handhabung der Gesetze über das Aktienwesen bei der Gründung und Verwaltung von Aktiengesellschaften obwalten und zur Schädigung der Interessen des Publikums gereichen, zur Kenntniss der Reichsregierung gekommen" sind und 2. "Gedenkt die Reichsregierung den Übelständen Abhilfe zu verschaffen? ..." 1).

Der Präsident des Reichskanzler-Amtes Staatsminister Delbrück antwortete, dass dem Amt nicht entgangen ist, "dass auf dem Gebiet des Actienwesens in neuerer Zeit bemerkenswerte Übelstände hervorgetreten sind... Der ganze Ernst, den der Gegenstand erheischt, wird der weiteren Behandlung der Sache zugewendet werden" 2). Allein es ergab sich dann doch auf Grund der anschliessend angestellten Überlegungen, dass, nachdem die schlimmen Fälle nun einmal eingetreten waren, die Krisis auch wohl überstanden wäre, "ein Bedürfnis zu schleuniger Abhilfe und zu ausserordentlichen Massnahmen" nicht bestünde. Vielmehr war man zunächst noch der Ansicht, "dass die Revision der Gesetze über Aktiengesellschaften mit der Revision des Handelsgesetzbuches zu verbinden sei" 3). So blieb die Reform des Aktienrechtes trotz der verschiedenen Stimmen in der Rechtslehre und der Öffentlichkeit 4) zunächst auf sich beruhen.

- 1) Interpellation, Stenographische Berichte des Reichstages 1873, Beilagen Seite 154, Aktenstück Nr. 30 Verhandlungen vor dem Plenum, Stenographische Berichte des Reichstages 1873, Seite 213 ff
LASKER zeigte eingehend die Misstände auf und machte vielerlei brauchbare Vorschläge, die Materie gesetzlich besser zu gestalten. Manche seiner Gedanken wurden später auch verwirklicht (z.B. Hineinstellung der Gründer in Verantwortlichkeit und Publizität - Seite 223). Ihm schlossen sich an SONNE-MANN, Seite 227 ff und LASSE, Seite 231 ff
- 2) Stenographische Berichte des Reichstages 1873, Seite 224
- 3) nach GOLDSCHMIDT in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Stuttgart 1875 (Band 20), Seite 166/167
- 4) So auch der 11. Juristentag am 29.8.1873 in seiner Behandlung der Frage: "Kann die Gesetzgebung Vorsichtsmassregeln zur Verhinderung unsolider Begründung oder missbräuchliche Verwaltung von Aktiengesellschaften treffen und welche?", Seite 71 ff

2. Grundsätzliches zur zweiten Aktienrechtsnovelle

Erst am 7. September 1883 wurde dem Bundesrat 1) und am 7. März 1884 dem Reichstag der ausgearbeitete Entwurf 2) eines geänderten Aktienrechts vorgelegt. So sagte dann auch der erste Sprecher bei der ersten Beratung des Entwurfs im Reichstag am 24. März 1884 3): "Meine Herren, der vorliegende Gesetzentwurf kennzeichnet sich als die Einlösung einer Schuld alten Datums". Immerhin wirft er in seiner Rede auch dem öffentlichen Ministerium vor, "in der allerschlimmsten Zeit hat dieses Organ der öffentlichen Aufsicht sich am allerwenigsten gegregt" und nicht mit "der nötigen Aufmerksamkeit die Vorgänge verfolgt".

Ein anderer Sprecher 4) stellte fest: "Die Gründerjahre mit ihren Ausschreitungen liegen jetzt hinter uns, der krankhaft entfesselte Unternehmungsgeist ist längst wieder in ruhigere Bahnen eingelenkt". Gerade aus dieser Bemerkung kann auf eine gute, nicht unter dem Druck der Verhältnisse stehende Bearbeitung des Gesetzes geschlossen werden 5).

Schmalenbach stellte zwar fest 6): "Nun wäre es an der Zeit gewesen, die Aktie als Instrument des Kapitalverkehrs einmal grundsätzlich nach ihren Möglichkeiten und Gefahren hin zu untersuchen, dabei die Frage nach der gemeinwirtschaftlichen optimalen Gestaltung aufzuwerfen, und so der Wirtschaft des ganzen Landes einen wesentlichen Dienst zu leisten. Dies ist leider weder dem Gesetzgeber von 1870 noch seinen Nachfolgern gelungen. Und dies hatte zur Folge, dass die Aktiengesellschaft in Deutschland nicht den Erfolg hatte wie in den Nachbarländern, und arge Störungen nicht vermieden wurden."

Einer solchen Feststellung ist zwar für die erste Aktienrechtsnovelle von 1870 voll zuzustimmen. Für die zweite Novelle von 1884 lässt sich der Vorwurf in gleicher Form nicht aufrechterhalten. Ein genaues Studium der "Allgemeinen Begründung" zu der zweiten Novelle beweist gerade das Gegenteil. Die Begründung zeigt in ihren beinahe 170 Seiten, wie tief man damals in die Durchdringung der Materie gestiegen ist, um die bestimmenden Lebensfaktoren - wie man heute sagen würde -

1) Buschs Archiv Band 44, Seite 1 ff

2) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilagen, S. 215 ff (Aktenst. 21)

3) HORWITZ, Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Seite 198 und 200

4) BÜSING, wie vor, Seite 205, im Prinzip so auch HORWITZ, Seite 198 und HARTMANN, Seite 213: "Der Zeitpunkt der Revision (des Gesetzes) ist meiner Meinung nach ganz ausgezeichnet gewählt".

5) Siehe auch Begründung Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilagen Seite 237

6) SCHMALENBACH, Die Beteiligungsfinanzierung, Band 2: Die Finanzierung der Betriebe, Köln 1949, Seite 136

in kausaler Weise aufzuspüren 1).

Als Beweis seien hierzu einige grundlegende rechtspolitisch wie rechtsphilosophisch gleichermaßen interessante Stellen der Begründung angeführt.

Zunächst hat man erkannt, dass "das Vertrauen in die bestehende Aktiengesetzgebung tief erschüttert (ist), durch Änderung derselben muss das Vertrauen wieder hergestellt werden, damit nicht bei auflebendem Aktienverkehre die vorsichtigen und besseren Elemente der Gesellschaft sich von ihm fern halten" 2). Um nun das zu erreichen, müsse man sich zur Aufgabe machen, "die allgemein massgebenden Grundsätze im Zusammenhang mit dem ganzen in Betracht kommenden Rechtsstoff aufzusuchen" 3).

Schliesslich sei "es die Pflicht des Staates, durch seine Gesetzgebung ... nach Möglichkeit Schutz zu bieten, denn es liegt in der Natur des Aktienwesens, dass bei der Gründung und Verwaltung der Aktiengesellschaft das Publikum wie der Einzelne ohne besondere Schutzmittel nicht in der Lage ist, eine ausreichende Einwirkung und Kontrolle zu üben" 4).

"Wenn die Gesetzgebung dem Kapital eine Form verleiht, durch welche es mit vereinigten Kräften seine Macht frei entfalten kann, so hat sie auch die Pflicht, dieser Macht die nötigen Schranken aufzuerlegen". Diesen "Vorschriften zur Offenheit und Treue kann ein Redlicher sich ohne Bedenken unterwerfen" 5).

3. Zum Inhalt der zweiten Aktienrechtsnovelle

Als Folge der weitgehenden Untersuchungen wurden nun mannigfache Schutzbestimmungen für das Gründungsstadium der Gesellschaft eingeführt. Durch die neuen Gesetzesinstitute erreichte der Gesetzgeber eine bessere Erkennbarkeit der wesentlichsten Momente, die möglichste Selbständigkeit der Gesellschaft gegenüber den Gründern und eine erhöhte Verantwortlichkeit der die Gründung betreibenden Gruppen. So muss nunmehr der Gründer Aktionär sein, "denn nur unter dieser Voraussetzung bekundet er ein tatsächliches und rechtliches Interesse an der gedeihlichen Bildung und Entwicklung der Gesellschaft" 6). Ferner seien hier, weil sie

-
- 1) Wenn im Laufe der folgenden Reformen das Aktienrecht immer weiter verfeinert worden ist, so spricht das nicht gegen diese Feststellung und für Schmalenbachs Vorwurf. Schliesslich sammelt man Erkenntnisse, die einem a priori nicht zur Verfügung stehen.
 - 2) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilagen Seite 237
 - 3) wie vor, a. a. O., Seite 237
 - 4) wie vor, a. a. O., Seite 244
 - 5) wie vor, a. a. O., Seite 244
 - 6) wie vor, a. a. O., Seite 261

Gegenstand der externen Prüfung werden, die neuen Vorschriften über die Pflicht zur Aufnahme der Sacheinlagen und Sachübernahmen, der besonderen Vorteile und Gründerentlohnungen in der Satzung angeführt. Auch die Rechte der Aktionäre wurden erweitert. Sie konnten nun Vorgänge bei der Gründung sowie der Geschäftsführung prüfen lassen. Unter all diesen Schutzvorschriften war aber die externe Gründungsprüfung - bei Vorliegen bestimmter Umstände - am wichtigsten. Nur mit ihr konnten den anderen, bereits teilweise erwähnten Schutzvorschriften die volle Geltung verschafft werden.

Bei der Überlegung, wie man die Gründungsvorgänge durch eine gesetzliche Schutzvorschrift offenlegen könne, boten sich zunächst zwei Wege an. Es war dies einmal die Prospekttheorie und zum anderen die Prüfungstheorie 1). Die erstere besagt, dass nur mittels eines umfangreichen Prospektes zur Zeichnung aufgefordert werden dürfe. Hauptbefürworter waren Wiener und verschiedene Handelskammern 2). Unter den Gegnern sei Hecht 3) erwähnt. Die "Allgemeine Begründung" verwarf nach sorgfältiger Prüfung die erstere Theorie. Es würden sich nämlich Schwierigkeiten für den Gesetzgeber sofort hinsichtlich des vorzuschreibenden Inhaltes ergeben. Auch würde der Zwang zur Veröffentlichung eines Prospektes "notwendig zur Zweideutigkeit, zur Schönfärberei und zum Verschweigen derjenigen Thatsachen ... welche von einer Beteiligung abhalten würden", drängen 4).

Aus diesen Erwägungen heraus entschied man sich für die Prüfungstheorie. Dabei sollten Gegenstände der Prüfung sein:

1. Belegung des Grundkapitals
einschliesslich Prüfung des Gründungsaufwandes und der Sacheinbringungen.
2. Aufbringung des Grundkapitals
3. Einzahlung auf das Grundkapital
einschliesslich Prüfung der Höhe der ersten Einzahlung 5).

Zur Durchführung der Prüfung hat man dabei zunächst durch die Vorziehung der

- 1) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilagen Seite 267
- 2) WIENER, Zur Reform des Actiengesellschaftswesens, 3 Gutachten auf Veranlassung der Eisenacher Versammlung zur Besprechung der socialen Lage abgegeben von H. Wiener, Goldschmidt und Behrend, Leipzig 1873, Seite 197
- 3) F. HECHT, Das Börsen- und Actienwesen der Gegenwart, Seite 51 ff, zitiert nach den Stenographischen Berichten des Reichstages 1884, Beilagen Seite 267
- 4) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilagen Seite 267
- 5) wie vor, a. a. O., Seite 271

Aufsichtsrats- und Vorstandswahl in das Gründungsstadium diese beiden Organe verstärkt zur Tätigkeit und Verantwortung herangezogen. "Sie ist hier reichlich so wichtig, wenn nicht noch wichtiger als späterhin" 1). Sie sind primär dazu berufen, den Gründungshergang zu prüfen und hierüber schriftlich Bericht zu erstatten. Bei einem Abwägen der Interessenlage und dem Prüfungsziel musste dem Gesetzgeber hier auffallen, dass, wenn diese Organe selber Gründer oder Sacheinbringer sind oder einen besonderen Vorteil sich ausbedungen haben, sie in einen Interessenwiderstreit geraten. Das was durch die Prüfung erreicht werden soll, nämlich eine autonome Prüfung und Begutachtung, wäre nicht mehr garantiert gewesen. Daher wurde bereits ein "Stellvertreter" für diese Personen vorgeschlagen. Es ist das also eine Art verkümmertes Parallelgesellschaftsorgan für die befangenen Primärorgane. Die Formulierung war gewiss etwas unglücklich und erregte sofort in der ersten Beratung des Gesetzes entschiedenen Widerspruch. "Die ganze Sache mit den Stellvertretern mag in der Theorie ganz gut ausgedacht sein, praktisch ist dieselbe gar nicht zu gebrauchen" 2). Oder "will man eine schärfere unabhängige Prüfung, so mag man eine ausserhalb dieses Kreises stehende Kontrollbehörde errichten und ihr vielleicht daneben eine andere Funktion, etwa die der extraordinären Revision der Gesellschaft zuweisen" 3).

Die Heranziehung von aussenstehenden Personen schwebte dem Gesetzgeber bereits vor. Er dachte sich u. a. als "Stellvertreter": "Sozien, Prokuristen, Revisoren, Rechtsanwälte, Notare usw." 4). Er wusste aber wohl nicht recht, unter welchen "rechtlichen Begriff" dieses Institut zu subsumieren wäre. Über die Rechtsstellung des externen Prüfers, besonders des Gründungsprüfers sind auch heute noch die Meinungen getrennt. Sie können sein: Organ, Amtsträger oder nur schuldrechtlicher Vertragspartner. Die Rechtsstellung wird noch später näher untersucht werden müssen. Ganz offensichtlich schwebte dem Gesetzgeber eine Organstellung vor. Die bei der heutigen Konstruktion überwiegend angenommene Amtsstellung konnte damals dem Gesetzgeber bei der weiterhin bestehenden Abneigung gegen staatliche Prüfungsorgane, zu denen ein Vergleich nahe lag, nicht sympathisch sein.

Man beschloss jedoch bereits in der Kommission, das System der Stellvertreter fallen zu lassen und dafür die "Prüfung durch besondere Revisoren" einzuführen. Es war das Kommissionsmitglied, der Zentrumsabgeordnete Porsch, der die Revisoren als Prüfungsorgane und deren Bestellung durch die Handelskammern vorschlug 5. Der Antrag wurde von der Mehrheit gebilligt.

1) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilagen Seite 270

2) BÜSING, Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Seite 205

3) HORWITZ, Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Seite 203

4) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilagenband, Seite 270

5) SATTLER, Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften, Berlin 1893, Seite 9

In der 2. und 3. Beratung des Plenums ging der endgültig in der Kommission redigierte ursprüngliche Artikel 209 f nunmehr als Artikel 209 h ohne Änderung durch die Abstimmung. Nachdem er die erste gesetzesmäßig gefasste aktienrechtliche Bestimmung für eine externe Revision ist, sei er hier wörtlich zitiert:

"Die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates haben den Hergang der Gründung zu prüfen. Sind Mitglieder zugleich Gründer, oder haben sie der Gesellschaft ein Vermögensstück überlassen oder sich einen besonderen Vorteil ausbedungen, so muss ausserdem eine Prüfung durch besondere Revisoren stattfinden, welche das für die Vertretung des Handelsstandes berufene Organ und in Ermangelung eines solchen der Vorstand und der Aufsichtsrat zu bestellen hat. Die Prüfung hat sich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben zu erstrecken, welche rücksichtlich der Zeichnung und Einzahlung des Grundkapitals und der in Art. 209 b vorgesehenen Festsetzungen von den Gründern, insbesondere in den im Art. 209 g vorgeschriebenen Erklärungen gemacht sind. Über die Prüfung ist unter Darlegung der im vorstehenden Absatze bezeichneten Umstände schriftlich Bericht zu erstatten."

Die weiteren für die Revision einschlägigen Artikel in der zweiten Aktienrechtsnovelle sind die Artikel 209 b, 209 g, 210 und 210 c. Diese haben jedoch entweder nur für die Interpretation Bedeutung oder stehen sonst mit der Revision nur in ganz entferntem Zusammenhang.

Im Laufe der Jahre haben sich gewiss noch verschiedene Lücken ergeben. Aber in der erstmaligen Erfassung von bestimmten Lebensbedürfnissen im Gründungsstadium der Aktiengesellschaft und deren rechtliche Wertung und Gestaltung hat der Gesetzgeber hier den ersten entscheidenden Schritt gemacht und hat die Grundlagen für die weitere Entwicklung gelegt.

III. DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG IM NEUEN HANDELSGESETZBUCH VOM 10. MAI 1897

1. Die Auswertung der Erfahrungen mit der zweiten Novelle für die Gestaltung des neuen Handelsgesetzbuches

Mit der zweiten Aktienrechtsnovelle vom 18. Juli 1884 wollte man die vorangegangenen Missbräuche durch weitgehende Offenlegung der Vorgänge bei der Gründung eindämmen und die Möglichkeiten erweitern, auf Grund deren man die für einen Gründungsschwindel Verantwortlichen zur Rechenschaft ziehen konnte. Dies ist auch zu einem guten Teil gelungen.

Im Laufe der Zeit und der praktischen Gesetzesanwendungen stellten sich trotzdem einige Mängel heraus und wurden Gesetzesumgehungen bekannt. Daher wur-

den bereits vom 22. Juristentag (1892) zwei Gutachten veranlasst. Den Bearbeitern 1) wurde die Frage vorgelegt: "Haben sich die durch die Actiennovelle vom 18. Juli 1884 geschaffenen Cautelen gegen unsolide Gründungen von Actiengesellschaften bewährt oder empfiehlt sich eine anderweitige Gestaltung derselben?" Besonders Hecht - weniger dagegen jedoch Levy - kam zu dem Ergebnis, dass die bisherigen Regelungen sich bewährt haben. Hauptsächlich wurde aber auf eine Klarstellung und eindeutige Regelung der materiellen Prüfungspflicht der Revisoren gedrungen 2).

Die Klarstellung erfolgte schon vor der gesetzlichen Regelung in einer Antwort des Reichsjustizamtes vom 10.4.1890, auf eine dahingehende Anfrage der Handelskammer zu Göttingen 3), der sich verschiedene andere Kammern angeschlossen hatten 4). Die Antwort lautete im wesentlichen: "Die Prüfung ... (hat) die gesamten tatsächlichen Vorgänge zu umfassen, welche mit der Gründung im Zusammenhang stehen. Sie hat sich namentlich auf die Sacheinlagen und Sachübernahmen zu erstrecken, ... mit Allem, was zu deren Rechtfertigung geboten ist Erscheinen den Prüfenden ... die vorliegenden Angaben der Gründer zur Rechtfertigung der Höhe nicht vollständig, so sind sie berechtigt und verpflichtet, weitere Angaben von den Gründern zu verlangen..." 5).

Schliesslich klang diese Fragestellung nochmals in der Denkschrift zum Entwurf eines neuen Handelsgesetzbuches an, in der gesagt wurde, viele Revisoren beschränkten "sich auf eine mehr oder weniger formelle Prüfung der ihnen von den Gründern vorgelegten Urkunden und enthalten sich häufig jeder sachlichen Untersuchung in Betreff der Angemessenheit des Werthansatzes für die von der Gesellschaft zu erwerbenden Anlagen oder sonstigen Gegenstände. Andere Revisoren lassen sich auch in dieser Beziehung eine eingehende Prüfung angelegen sein. Zum Teil findet die vielfach mangelhafte Ausführung der Revision ihre Erklärung in der Schwierigkeit der den Revisoren gestellten Aufgabe ... Immerhin lässt sich nicht verkennen, dass die Zweifel, welche hinsichtlich des Umfanges der gesetz-

 1) HECHT, Felix, Seite 123)
 und
 LEVY, M. Seite 136) } in den "Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages", Gutachten, 1892

2) So auch HERGENHAHN, Gründer-Erklärung und Prüfung des Gründungsorganes bei Aktiengesellschaften nach Art. 209 g und 209 h des Reichsgesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, in Gruchot 36. Jahrgang, Seite 748

3) Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages, S. 163

4) a. a. O., Seiten 165-167

5) a. a. O., Seite 170

lichen Prüfungspflicht der Revisoren und ihrer Rechte gegenüber den Gründern erhoben werden können, zu jenem Ergebnisse nicht unwesentlich beigetragen haben" 1).

Auf Grund der Erfahrungen hat man nun die Bestimmungen entsprechend fortentwickelt. Es zeigt sich hier besonders deutlich, dass durch die einmal geschaffene Konstruktion auf die Lebensgestaltung eingewirkt worden ist und diese wiederum auf die weitere rechtliche Ausgestaltung der Konstruktion rückwirkt und eine verfeinerte Rechtsbildung auslöst.

2. Das neue Handelsgesetzbuch und seine für die externe Gründungsprüfung bedeutsamen Änderungen

Die Änderungen, Verbesserungen wurden in der ersten Beratung des Gesetzes von fast allen Sprechern hervorgehoben. Wie: "Einzelne Verbesserungen sind zu begrüßen. Dies gilt besonders bezüglich ... des Rechts der Gründungsrevision. Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht ist erweitert" 2).

Im neuen Handelsgesetzbuch wird nun klar geregelt, dass in allen Fällen, bei denen Sacheinlagen geleistet oder Sachübernahmen vorgenommen werden sollen, eine besondere Gründungsprüfung stattzufinden hat (§ 182, II HGB). Dies war bis dahin nur der Fall, wenn die Sacheinlagen oder Sachübernahmen vom Vorstand oder Aufsichtsrat erbracht werden sollten. Es liegt auf der Hand, dass unter diesen Umständen Umgehungen vorkamen.

Ferner war es bisher möglich, dass in Ermangelung einer amtlichen Vertretung des Handelsstandes der Vorstand und der Aufsichtsrat die Revisoren bestellen konnten. Nunmehr hat dies im Ersatzfalle durch das Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, zu geschehen (§ 192, III HGB).

Während bisher nur ausdrücklich bestimmt war, dass die Prüfung sich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit zu erstrecken hat - woraus man teilweise eine nur formelle Prüfungspflicht abgeleitet hatte - ist nun durch eine ausführliche Regelung unmissverständlich dafür Vorsorge getroffen, dass stets auch materiell zu prüfen ist. Es heisst dazu im § 193, I, 2 HGB: "Der Inhalt der im § 191 (Gründungsbericht) bestimmten Erklärung ist auch in der Richtung zu prüfen, ob bezüglich der Angemessenheit der für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten

1) Entwurf eines HGB nebst Denkschrift, aufgestellt vom Reichsjustizamt, Berlin 1896, Seite 124

2) BASSERMANN, Stenographische Berichte des Reichstages 1896/97, Seite 4586

Beträge Bedenken obwalten" 1). An sich hätte sich das schon ohne weiteres ergeben, wenn man auf die der schon bisher der Bestimmung zugrunde liegenden rechtsbestimmenden Lebensfaktoren, (hier das Interesse der zu schützenden aussenstehenden Personen), zurückgegangen wäre und rückschliessend hieraus, das Gesetz ausgelegt hätte. Dies ergab sich bereits aus der Antwort des Reichsjustizamtes vom 10.4.1890 auf die angeführte Göttinger Anfrage.

Vor allen Dingen hat man nunmehr die Rechtsbeziehungen zwischen den Revisoren und der zu prüfenden Gesellschaft auf eine bessere Grundlage gestellt. So konnte der Staatssekretär des Reichsjustizamtes Nieberding bei der ersten Lesung im Plenum feststellen, dass unter den Änderungen bei der Neubearbeitung des Handelsgesetzbuches auch solche Punkte sind, die, "wenn auch keine prinzipielle, so doch eine grosse praktische Bedeutung in Anspruch nehmen dürfen. Ich mache darauf aufmerksam beispielsweise auf die Bestimmungen über die veränderte, festere, selbständigere Stellung der Revisoren, die die Gründung neuer Gesellschaften zu prüfen haben" 2). So wurde einmal durch die Lösung des Problems der Meinungsverschiedenheiten im Zuge der Gesetzesvervollständigung eine weitere Schwierigkeit beseitigt. Die Regelung erfolgte im § 194, I HGB dahingehend, dass über die Meinungsverschiedenheiten die Stelle entscheidet, von der die Revisoren bestellt worden sind. Bis dahin hatten verschiedene Handelskammern sich freiwillig der Beseitigung von derartigen unterschiedlichen Auffassungen gewidmet; allein verpflichtet waren sie dazu nicht 3).

Ferner wurde in der gleichen Vorschrift bestimmt (§ 194, II HGB), dass ein Anspruch auf Ersatz angemessener bärer Auslagen und Tätigkeitsvergütung gegeben ist und von der zu bestellenden Behörde (Handelskammer oder Gericht) festgesetzt wird.

Die bisher vorgeschriebenen Mitveröffentlichung der Namen der Revisoren wurde

- 1) Damit hat in etwa im HGB die bereits für die zweite Aktienrechtsnovelle im Entwurf für Art. 209 f vorgesehene klarere Formulierung Eingang gefunden. Sie lautete:
Die Prüfung habe sich auch darauf zu erstrecken, ... " ob die Höhe der für eingelegte oder übernommene Gegenstände gewährten Beträge durch die Verhältnisse gerechtfertigt erscheine ..."
Diese Bestimmung war seinerzeit im Hinblick auf den später eingeführten Gründungsbericht fallen gelassen worden, da dieser als solcher mit zu prüfen war.
- 2) Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze, Berlin 1897, Seite 160
- 3) Entwurf eines HGB nebst Denkschrift, Seite 126

fallen gelassen, mit der Begründung, dass "eine solche Veröffentlichung mangels einer gleichzeitigen Bekanntgabe des Ergebnisses der Revision unter Umständen nur dazu führe, eine grundlose Reklame für das Unternehmen zu begünstigen" 1).

IV. DIE ENTWICKLUNG BIS ZUM ERSTEN ENTWURF EINES AKTIENGESETZES IM JAHRE 1930

Die mit der Neubearbeitung des Handelsgesetzbuches getroffenen Verbesserungen haben sich grundsätzlich in den folgenden Jahren bewährt. Überhaupt konnte man für das gesamte Aktienrecht bis gegen Ende des ersten Weltkrieges nicht von einer aus den Lebensbedürfnissen heraus fundierten eigentlichen Reformbewegung sprechen 3). Für das Gebiet der Gründung darf dabei auch nicht vergessen werden, dass die im Jahre 1892 geschaffene neue Unternehmungsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung einen nicht unerheblichen Teil derjenigen Gründungen aufgenommen hat, die wirtschaftlich risikoreich oder gar bedenklich waren. Hierdurch wurde die Aktiengesellschaftsform wesentlich entlastet.

Der erste Bearbeiter Rosenwald 3), der die Revision bei der Gründung von Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des neuen Handelsgesetzbuches im Jahre 1898 untersuchte, kam so zu keinen über die darin getroffenen Regelungen liegenden Forderungen. Auch Böhme kam im Jahre 1912 zu dem Ergebnis, dass die Regelungen im Handelsgesetzbuch vollständig ausreichend seien. Nur in einem Fall hielt er eine Änderung des Gesetzes für geboten 4). Dies war der zur damaligen Zeit bestrittene Fall, ob auch eine besondere Gründungsprüfung stattzufinden habe, wenn eine Handelsgesellschaft oder juristische Person an der Gründung der neuen Gesellschaft beteiligt sei und ein Mitglied bzw. Vorstand bzw. Geschäftsführer derselben zum Vorstand bzw. Aufsichtsrat der neuen Gesellschaft gehöre. Doch zu einer derartigen Regelung ist es bis heute nicht gekommen. Es brauchte auch nicht dazu zu kommen, da bei einem richtigen Rückschluss von der dem Rechtssatz des § 192, II HGB (jetzt § 25, II AktG) zugrunde liegenden Ver-

1) Entwurf eines HGB nebst Denkschrift, Seite 127

2) KLAUSING, Reform des Aktienrechts, unter besonderer Berücksichtigung der Teilreform des Jahres 1931, Berlin 1931, Seite 25

3) ROSENWALD, Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897, Erlangen 1898

4) BÖHME, Die besondere Revision bei der Gründung von Aktiengesellschaften nach dem Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897, Leipzig 1912, Seite 11

ursachung auf die Bestimmung selber wieder, ganz klar die Notwendigkeit einer externen Prüfung sich ergibt 1).

Einen beachtlichen Beitrag zur Hebung der Qualität der Gründungsprüfungen leisteten in dieser Zeit jedoch die Handelskammern, indem sie "Vorschriften für die Prüfung des Gründungsherganges von Aktiengesellschaften" erliessen 2). Sie regelten darin besonders die Auswahl der Revisoren (die ihnen zu dieser Zeit grundsätzlich übertragen war), sowie ferner auch die über das Gesetz hinausgehenden Unfähigkeitsgründe für die Bestellung als Revisor. Darüber hinaus gaben sie Erläuterungen für den Umfang der Prüfungstätigkeit, die vor allen Dingen auch materiell durchzuführen sei, sodann für die Regelung von Meinungsverschiedenheiten und auch für die Abfassung der Prüfungsberichte. Hierdurch wurde zur Hebung der qualitativen Durchführung der Prüfungen, wenn zwar nicht von der rechtlichen so doch von der praktischen Seite her Erhebliches beigetragen.

Auch die Inflationszeit brachte keine besonderen Änderungsvorschläge für das Institut der Gründungsprüfung. Denn den Massengründungen der Inflationszeit, die derart überhand nahmen, "dass sich die Registergerichte zeitweise einer Hochflut von Anträgen auf Eintragung ... ausgesetzt sahen" 3), konnte man nicht mit der externen Gründungsprüfung begegnen. Diese Gründungen waren auch zumeist als Bargründungen nicht prüfungspflichtig. Überdies hätten sich auch von der prüferischen Seite keine Handhabungen angeboten. Erst als die Zeit der Inflation vorüber war, stellte man weitere Überlegungen über die Reform des Aktienrechtes und auch hinsichtlich des hier zu untersuchenden Institutes an.

Grundsätzlich kann aber der Feststellung Ludewigs gefolgt werden, der sagt: "Die Vorschriften des Handelsgesetzbuches über die Gründung ... sind vortrefflich, sie sind grundsätzlich nicht anzutasten. Es ist jedoch zu erwägen, ob eine Änderung einzelner Vorschriften erfolgen soll" 4).

1) vgl. auch Seite 70

2) z.B. der Handelskammer zu Berlin v. 14. 8. 1907, abgedruckt bei BÖHME, a. a. O., Seite 41-46.

Neuere Prüfungsanweisungen der Industrie- und Handelskammer zu Berlin vom 17. 3. 1924 und des Verbandes der mitteldeutschen Handelskammern vom 20. 1. 1921 sind abgedruckt bei VOSS, Die obligatorische Revision im Rahmen der Reform des Aktienrechtes, Berlin 1927, Seite 8-16

3) Stenographische Berichte des Reichstages 1923 (Bd. 377) Seite 6 691

4) LUDEWIG, W., Hauptprobleme der Reform des Aktienrechtes Marburg 1929, Seite 32

Diese Erwägungen wurden hauptsächlich in den Jahren 1929-1930 angestellt, eben zur Zeit allgemeiner Reformbestrebungen des Aktienrechtes. Allerdings kommt auch Heuvmann (1929) 1) in seiner Arbeit noch zu keinen neueren Ergebnissen. Anders dagegen Zahn 2) (1929) und Sewering 3) (1930). Ihre Reformvorschläge lassen sich wie folgt zusammenfassen. Sie forderten:

1. Hebung der fachlichen Eignung der Gründungsprüfer, zulassungsmässige Einschränkung des Prüferkreises.
2. Zulassung oder Ablehnung der Gründung, jedenfalls innerhalb des prüferischen Aufgabenkreises, nur auf Grund des Prüfungsergebnisses, Bindung des Registerrichters.
3. Feststellung der materiellen Prüfungspflicht, evtl. im Zusammenhang mit besonderen Prüfungsrichtlinien.
4. Einbeziehung der Nachgründungen in die Prüfungspflicht.
5. Prüfungspflicht für sämtliche Gründungen 4).

Zu bemerken ist hier zu der unter Ziffer 3 angeführten Forderung, dass eine materielle Prüfungspflicht bereits seit 1884 bestanden hat. Diese Feststellung wurde bereits mehrmals aus den zugrunde liegenden Lebensstatsachen begründet 5). Allerdings muss erwähnt werden, dass hauptsächlich Zahn aber auch Sewering bei ihren praktischen Untersuchungen von Prüfungsberichten bei den Handelskammern zu dem Ergebnis gekommen sind, dass die Prüfungen teilweise in materieller Hinsicht viel zu wünschen übrig liessen 6) bzw. in manchen Fällen sogar nur formell geprüft worden ist 7). Aber damit haben die betreffenden Prüfer gegen die im § 193, II HGB geschaffene Rechtsregelung verstossen.

- 1) HEUVEMANN, E., Die Revision bei der Gründung von Aktiengesellschaften nach deutschem Handelsrecht, Erlangen 1929, Seite 43
- 2) ZAHN, G., Zur Frage der Gründungsrevision, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, 1929, Seite 357-359
- 3) SEWERING, K., Die Handhabung der Gründungsrevision, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, 1930, Seite 189 und 190, jedoch nicht Punkt 5 einschliesslich
- 4) FISCHER, R., Die Gründungsrevision sowie die fortlaufende Revision bei Aktien- und Gesellschaften mbH de lege lata et ferenda, in Gruchot, 64. Jahrgang, Seite 657-676. Fischer forderte die Prüfungspflicht für sämtliche Gründungen schon 1920; MÜLLER-ERZBACH, Deutsches Handelsrecht, München 1928, Seite 263; auch VOSS, a.a.O., Seite 18
- 5) vgl. Seite 28 und 29
- 6) ZAHN, a.a.O., Seite 355, Sewering, a.a.O., Seite 173
- 7) ZAHN, a.a.O., Seite 340 und 355

Im weiteren Verlauf der Reformbestrebungen für das Aktienrecht arbeitete die vom 34. Juristentag in Köln im Jahre 1926 eingesetzte Kommission allgemeine Änderungsvorschläge aus, die im Herbst 1928 veröffentlicht wurden 1). Neben den Arbeiten des Juristentages gingen die Reformvorarbeiten des Reichsjustizministeriums einher. Es arbeitete Fragebogen aus, "in denen die wichtigsten Probleme geordnet zusammengestellt waren" 2). Die Erhebung richtete sich an die mit Aktienrechtsfragen beschäftigten Verbände und Vereinigungen. In den Kreis der angeschnittenen Fragen wurde auch die Gründungsprüfung mit einbezogen. Sie bezogen sich hauptsächlich auf die Klärung folgender Probleme 3):

1. Rechtsfolgen einer Beanstandung des Gründungsvorganges durch die Revisoren und das damit zu verbindende Verfahren (Fragebogen I, Fragen 33-39)
2. Mitheranziehung der Treuhandgesellschaften als Gründungsprüfer (Fragebogen I, Frage 40)
3. Einbeziehung der Nachgründungen in die Prüfungspflicht und die Abschneidung der Umgehungsmöglichkeiten (z. B. qualifizierte Kapitalerhöhungen) (Fragebogen I, Fragen 47 und 53)
4. Mantelgründungen und deren Prüfung (Fragebogen I, Frage 55)

Das Ergebnis der Erhebungen entsprach weitgehend den bereits bei Zahn und Sewering geschilderten Reformbestrebungen. Grundsätzlich entschied man sich für die Verknüpfung von Rechtsfolgen mit der Gründungsprüfung, sowie für eine Heranziehung von Treuhandgesellschaften für die Prüfung. Auch die Einbeziehung der Nachgründungen wurde allgemein gutgeheissen 4). Eine Sonderregelung für die Mantelgründungen wurde dagegen nicht für erforderlich gehalten, vor allen Dingen auch "wegen der Ungewissheit des Begriffes des Mantelkaufes" 5).

Auf den Erhebungen und den erzielten Ergebnissen aufbauend, wurde 1930 der

-
- 1) Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktiengesetzes eingesetzten Kommission, Mannheim 1928
 - 2) Entwurf I, Seite 96 (Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternde Bemerkungen; veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1930, im folgenden Entwurf I genannt)
 - 3) Zusammengestellt nach dem Abdruck der Fragen in: Zur Reform des Aktienrechts, Antworten des Deutschen Anwaltsvereins auf die Fragen des Reichsjustizministeriums, Leipzig 1929
 - 4) Deutscher Anwaltsverein, a. a. O., Seite 21 ff
 - 5) Deutscher Anwaltsverein, a. a. O., Seite 27

erste Entwurf (E I) eines selbständigen Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, das also nicht mehr in das Handelsgesetzbuch eingebaut werden sollte, ausgearbeitet. Weder dieser erste Entwurf noch der 1931 folgende zweite Entwurf (E II) sind Gesetz geworden. Nur Teilstücke und Gedanken haben im Rahmen der Notverordnung vom 19. September 1931 Geltung erlangt. Diese sowie die folgenden Notverordnungen enthielten aber keine hier unmittelbar interessierenden Bestimmungen.

V. DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG IM VERSELBSTÄNDIGTEN AKTIENRECHT

Wie bemerkt, gingen die Bestrebungen dahin, die die AG betreffenden Vorschriften aus dem Handelsgesetzbuch herauszunehmen und in einem eigenen, selbständigen und damit übersichtlicheren Spezialgesetz zu kodifizieren. Dieser Schritt wurde bereits im ersten Entwurf für ein Aktiengesetz im Jahre 1930 gemacht.

Der überwiegende Teil der für die externe Gründungsprüfung im Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 erfolgten Änderungen gegenüber den Bestimmungen im Handelsgesetzbuch stammen teilweise wörtlich aus dem ersten bzw. zweiten Entwurf. Wenn also die durch das Aktiengesetz gegenüber dem Handelsgesetzbuch erfolgten Änderungen festgestellt werden sollen, so müssen im Rahmen der entwicklungsgeschichtlichen Darstellung diese beiden Entwürfe als wesentliche Vorfakten mit erwähnt werden. In der folgenden Untersuchung wird beides miteinander verbunden.

Zuvor sei jedoch die grundsätzliche Feststellung der Begründung zitiert, die besagt: "Die Gründungsvorschriften des geltenden Rechts haben sich im wesentlichen bewährt. Sie konnten daher grundsätzlich beibehalten werden. Nur in Einzelfragen erforderten die neuzeitlichen Wirtschaftsbedürfnisse eine Anpassung oder liesen zutage getretene Mängel eine Änderung geboten erscheinen" 1).

1. Prüfungsvoraussetzung, sowie Bestellung und Auswahl der Gründungsprüfer

Die Bestimmung über die Gründungsprüfung ist in den Entwürfen (§ 14, E I, § 15, E II) und dann auch im Aktiengesetz von 1937 (§ 25 AktG) weit klarer gegliedert worden, als dies vorher der Fall war. Sie enthält neu die Vorschrift, dass eine externe Prüfung auch stattzufinden hat, wenn bei der Gründung für Rechnung eines Mitgliedes des Vorstandes oder Aufsichtsrats Aktien übernommen worden sind.

1) Deutscher Reichsanzeiger (DRA) vom 4.2.1937, Seite 2, Spalte 2

Dem Vorschlag, alle Gründungen prüfungspflichtig zu machen, ist der Gesetzgeber nicht gefolgt.

Gegenüber früher ist nunmehr nur noch das Gericht für die Bestellung zuständig (bis dahin nur ersatzweise in Ermangelung einer Vertretung des Handelsstandes). - Die qualitativen Voraussetzungen für die Bestellung der Gründungsprüfer (so werden die Prüfer erstmals im Entwurf II bezeichnet) wurden nunmehr gesetzlich umrissen (§ 14, IV, E I, § 15, IV, E II und § 25, IV AktG). Während jedoch die Entwürfe nur die Bestellung aus einem allerdings weit gezogenen Personenkreis zuliessen, beschränkt sich das Gesetz darauf, dass "in der Regel nur" diese Personen bestellt werden dürfen. So folgt auch hier der Gesetzgeber nicht voll den gemachten Vorschlägen. Auch lassen Entwurf II und das Aktiengesetz Prüfungsgesellschaften zu, bei denen nur eines der geschäftsführenden Organe diese Voraussetzungen erfüllt, während der Entwurf I die qualitative Erfüllung der Bestellungs Voraussetzung von allen verlangte. Neu ist auch die ausdrückliche Bezeichnung eines Personenkreises, der nicht als Gründungsprüfer bestellt werden darf (jeweils Absatz V). - Dagegen ist erst im Gesetz eindeutig die Frage nach der Zahl der Prüfer dahingehend geregelt worden, dass die Bestellung eines Prüfers ausreichend ist.

2. Prüfungsdurchführung

Die Entwürfe, wie das Gesetz, haben auch eine klarere Gliederung der insbesondere bzw. namentlich vorzunehmenden Prüfungshandlungen vorgenommen. Vor allen Dingen durch eine sprachlich aktiv gehaltene Ausdrucksweise wurde die Pflicht zur materiellen Prüfung noch besser herausgearbeitet.

Die Entscheidung der Meinungsverschiedenheiten (schon im § 16, E I) wurde nunmehr dem Gericht übertragen. Dieses hat auch ausschliesslich die Vergütung für die Prüfer festzusetzen. Das Verfahren der Beschwerde hiergegen wurde jedoch erst im Gesetz besonders geregelt und damit gegenüber den Verfahrensbestimmungen des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 19 ff FGG) eine Spezialregelung geschaffen.

3. Rechtliche Bedeutung der Gründungsprüfung

Die Möglichkeit, Rechtsfolgen mit dem Ergebnis der Gründungsprüfung verknüpfen zu können, wurde erstmalig auf Grund der gemachten Vorschläge in das Aktienrecht eingearbeitet. Die Entwürfe (§ 17, E I, § 21, II, E II) geben dem Registerrichter auf Grund der Feststellung der Gründungsprüfer, dass die Berichte der Gründer, des Vorstandes und Aufsichtsrats (E II sagt hier schon "insbesondere") unvollständig sind oder den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, die Möglichkeit, die Eintragung abzulehnen. Gezwungen wird er hierzu allerdings

nicht. Das Aktiengesetz (§ 31) folgt dieser Bestimmung und baut sie noch weiter dahingehend aus, dass auch die Eintragung abgelehnt werden kann, wenn die für die eingelegten oder übernommenen Gegenstände gewährten Leistungen unangemessen hoch sind. Dagegen hat das Gesetz nicht die Bestimmungen der Entwürfe über das Beschwerdeverfahren übernommen, sondern es hier bei den Vorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit belassen.

4. Verantwortlichkeit der Prüfer

Neu wurde auch in den Entwürfen die gesetzliche Umreissung der Verantwortlichkeit der Gründungsprüfer aufgenommen. Sie wurden den Bilanzprüfern gleichgestellt (§ 18 E I und II). Das Gesetz regelte die Verantwortlichkeit der Gründungsprüfer abschliessend in einer eigenen Bestimmung (§ 42 AktG).

Schliesslich müssen noch einige weitere Neuerungen erwähnt werden, die auf Grund einer ähnlichen Konstellation der ihnen zugrundeliegenden Interessen- und Machtgestaltung in das Gebiet der Gründungsprüfung hineinragen und daher seinen Regelungen mit unterstellt wurden.

5. Die Nachgründungsprüfung 1)

Entsprechend den in den Jahren vor 1930 geführten Diskussionen wurde die sogenannte Nachgründung innerhalb von zwei Jahren nach der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister (Entstehung) einer nach den Bestimmungen der Gründungsprüfung zu erfolgenden externen Prüfung unterworfen. So schon die Entwürfe (§ 36, III + VI), die hier bereits ausdrücklich die Prüfung durch "einen" oder mehrere besondere Prüfer zulassen, während sie für die eigentliche Gründungsprüfung weiterhin den Plural "besondere Prüfer" in der HGB-Ausdrucksweise benutzten. Vom Gesetz wurde später diese Bestimmung sinngemäss übernommen (§ 45, III + VI AktG).

6. Sonstiges 2)

Auch bei qualifizierten Kapitalerhöhungen und im Verschmelzungsrecht brachte der Gesetzgeber von 1937 bei Vorliegen gleicher Interessen- und Machtzusammenhänge wie bei der Gründung und in der anschliessenden Zeit von zwei Jahren die für diese erlassenen Bestimmungen unmittelbar oder mittelbar zur Anwendung. Es ist also auch in diesen Fällen eine externe Gründungsprüfung vorzunehmen. Das sahen die Entwürfe bereits gleichfalls vor. Für das aktienrechtliche Umwandlungsrecht gilt schliesslich Gleiches.

- 1) Einzelheiten sind dem folgenden 5. Kapitel zu entnehmen
 2) Einzelheiten sind dem folgenden 5. Kapitel zu entnehmen

VI. DIE BEWÄHRUNG DER EINSCHLÄGIGEN VORSCHRIFTEN IM AKTIENGESETZ

Das seit über 20 Jahren gültige Aktiengesetz von 1937 hat sich hinsichtlich seiner Gründungsvorschriften bewährt. Anlass zu besonderen Klagen hat es in dieser Hinsicht nicht gegeben. Dies ist zu einem gewissen Teil vielleicht auch auf den verschwindend geringen Teil von Neugründungen zurückzuführen. Trotzdem hat man sich mit der weiteren, noch besseren Anpassung der Bestimmungen an die Lebensnotwendigkeiten beschäftigt. Hier sollen kurz vorweg die wichtigsten Bemühungen zusammengefasst skizziert werden. Sie beziehen sich auf:

1. Entweder Einbeziehung aller Gründungen in die Pflicht zur externen Gründungsprüfung oder Einschränkung nur noch auf die Gründungen mit Sacheinlagen und Sachübernahmen.
2. Begrenzung der Auswahlmöglichkeit der Gründungsprüfer nur noch auf Wirtschaftsprüfer, wobei die gerichtsmässige Bestellung - zumindest aber die Anhörung der amtlichen Vertretung des Handelsstandes - wegfallen kann.
3. Pflicht zur Aufstellung und Veröffentlichung einer Eröffnungsbilanz bei Sachgründungen, die dann vom Gründungsprüfer geprüft und bestätigt sein muss.
4. Ausbau der abschliessenden Gründungsprüfung durch den ersten Abschlussprüfer.

5. KAPITEL

Die Gründungsprüfung und ihre artverwandten Formen

I. VORBEMERKUNGEN - EINORDNUNG IN DIE SYSTEMATIK DER PRÜFUNGSARTEN

Bevor in die Untersuchung der eigentlichen rechtlichen Vorschriften der externen Gründungsprüfung und auch in die mit ihr verbundenen praktischen Probleme eingetreten werden soll, ist einmal die Einordnung der Gründungsprüfung in die Systematik der Prüfungen überhaupt vorzunehmen. Anschliessend sind ihre durch die gleiche Interessen- und Machtgestaltung bedingten artverwandten Formen und Unterformen festzustellen.

In der Theorie der Prüfung pflegt man die verschiedenen Prüfungsarten in solche niederer Ordnung und solche höherer Ordnung einzuteilen. Die Prüfungen höherer Ordnung unterscheiden sich hierbei von denen niederer dadurch, dass ihr Ver-

gleichsobjekt kein einfaches, sondern ein zusammengesetztes ist. Das mit dem Istzustand zu vergleichende theoretische Sollobjekt enthält sowohl materielle wie formelle Bereiche 1). In diese höhere Ordnung fällt auch die externe Gründungsprüfung. Sie steht somit mit der aktienrechtlichen Jahresabschlussprüfung auf einer Stufe. Loitlsberger will sogar sie in eine Art dritter Ordnung, also eine mit einem noch höheren Gewicht, einordnen.

Nach einem anderen Einteilungsgesichtspunkt gehört die externe Gründungsprüfung zu den Prüfungen, die nach gesetzlichen Vorschriften für Aktiengesellschaften vorgesehen sind 2). Sie steht also zwischen den durch Gesetz und Verordnung zwingend vorgeschriebenen (aber bis zu einem gewissen Grad auch zu diese,, tendierend) und den auf Grund besonderen Auftrags durchzuführenden Prüfungen.

II. DIE AKTIENRECHTLICHE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG

Zunächst soll diese originäre Form, von der die anderen Formen und Unterformen mehr oder weniger abgeleitet worden sind, kurz umrissen werden.

Die besondere Gründungsprüfung hat neben der des Vorstandes und des Aufsichtsrates durch fremde Personen (Gründungsprüfer) unter den im § 25, I, Ziff. 1-4 AktG geschilderten Voraussetzungen stattzufinden. Diese sind gegeben, wenn die Gründer, der Vorstand oder Aufsichtsrat durch Vorteile im weitesten Sinne selber der neuen Gesellschaft gegenüber befangen sind bzw. Sacheinlagen und Sachübernahmen vorliegen. Die Gründungsprüfer selbst dürfen weder mittelbar noch unmittelbar zu den innerhalb des Gründungs- oder späteren Lebensbereiches stehenden Personen gehören. Sie müssen eine der Aufgabe gerecht werdende Vorbildung und Erfahrung haben. Die Prüfung hat sich auf den gesamten Gründungshergang zu erstrecken, wobei der Gesetzgeber bestimmte Prüfungsbereiche besonders hervorgehoben hat. Die Prüfer haben dabei besonders die Angaben der Gründer auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu überprüfen und festzustellen, ob die für eingelegte oder übernommene Gegenstände gewährten Leistungen angemessen sind. Es handelt sich demnach um eine formelle und materielle Prüfung.

Zusammenfassend kann daraufhin diese Form wie folgt definiert werden:

Die aktienrechtliche externe normale Gründungsprüfung ist eine von dem Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen vorgeschriebene, dem Umfang nach gesetzlich festgelegte formelle und materielle Prüfung des Gründungsherganges durch

1) LOITLSBERGER, Zur Theorie der Prüfung, in: Grundlagen der Buchprüfung, herausgegeben von Illetschko, Wien 1953, Seite 51

2) HINTNER, O., Praxis der Wirtschaftsprüfung, Stuttgart 1949, Seite 22

dem Gründungs- und Lebensbereich der entstehenden Aktiengesellschaft fremde, sachverständige Personen, ohne die die Aktiengesellschaft nicht zur Entstehung kommen kann.

Die aktienrechtliche externe normale Gründungsprüfung ist in den §§ (AktG) 25 - 27, 29 - 31, 33, II, 35, IV, 2, 42, 44, sowie im Art. II, 1 DVO geregelt. Hierzu kommen noch besonders die Bestimmungen §§ 19 - 20, 24 AktG, auf die in den vorher genannten Vorschriften ausdrücklich hingewiesen worden ist. Der Gründungsprüfer hat allerdings im Rahmen seiner Tätigkeit nicht nur diese Vorschriften, sondern auch alle Vorschriften des ersten und zweiten Teils des ersten Buches des Aktiengesetzes besonders zu beachten.

Im Kapitel 6 und den folgenden wird noch näher auf die normale Form der externen Gründungsprüfung eingegangen werden.

III. DIE NACHGRÜNDUNGSPRÜFUNG 1)

Wie bei der Rechtfertigung der Gründungsprüfung festgestellt wurde, war es die Auswirkung einer einseitigen Machtgestaltung bei der Gründung, die den Gesetzgeber zur Einführung der Gründungsprüfung veranlasste. Sie war besonders notwendig zum Schutz der anderweitig vorhandenen Interessenten, denen keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Gestaltung der entstehenden AG zur Verfügung stand. Die Machtverhältnisse der Gründungssphäre bleiben aber der neuen Gesellschaft noch eine Zeitlang adhäsiv. Die Konstellation ändert sich nur langsam. Der Gesetzgeber musste daher alle die in dieser Zeit möglichen Handlungen der Gesellschaftsorgane einer Wertung daraufhin unterziehen, inwieweit mit ihnen eine Umgehung seiner für die Gründung erlassenen Schutzvorschriften vorgenommen werden konnte. Als besonders kritische Zeit sah er dabei die ersten zwei Jahre seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an. Der Gesetzgeber forderte daher für alle in dieser Zeit gemachten Sacheinbringungen eine externe Nachprüfung, soweit sie einen gleichen Charakter haben, wie solche, die normalerweise bei der Gründung vereinbart werden.

Eine derartige Nachgründungsprüfung kommt naturgemäss erst nach durchgeführter Gründung und damit nach Entstehung der Aktiengesellschaft in Betracht. Sie ist

1) Beispiel für eine umfangreiche Nachgründungsprüfung

Hbg HRB 7708

eingetragen am 27.10.1955

Grundkapital: DM 4.000.000, --

(Europa Carton AG) Gründungs- und Nachgründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

"Bericht über die Prüfung eines Kaufvertrages". Kauf einer maschinellen Einrichtung.

erforderlich, wenn innerhalb der ersten zwei Jahre nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ein Vertrag über Sachübernahmen abgeschlossen wird. Das gilt jedoch dann nicht, wenn die zu gewährende Vergütung unter dem zehnten Teil des Grundkapitals liegt und auch ferner nicht bei einem Erwerb von Vermögensgegenständen, die den Gegenstand des Unternehmens bilden oder in einer Zwangsvollstreckung erworben werden sollen. So wurde ein brauchbarer Kompromiss geschlossen, der die Bewegungsfreiheit des neuen Unternehmens nicht zu sehr einengt.

Die Nachgründungsbestimmungen werden in der Praxis jedoch nicht gleichmässig eingehalten. Insbesondere wird die häufig anzutreffende Errichtung von Betriebs- und Geschäftsgebäuden mit den dazugehörigen Anlagen innerhalb der Nachgründungszeit unterschiedlich behandelt, da die Nachgründungsbestimmungen in dieser Hinsicht nicht einheitlich ausgelegt werden.

Legt man die hier heranzuziehende Bestimmung des § 45, I AktG zunächst rein grammatikalisch aus, so kann man in der Errichtung von Gebäuden keinen Nachgründungstatbestand sehen, denn entsprechend der zitierten Bestimmung sind nur Verträge, nach denen die Aktiengesellschaft noch herzustellende Anlagen **erwerben soll**, zustimmungs- und prüfungsbedürftig. Von einem Erwerb von Anlagen kann man aber nur sprechen, wenn er der Herstellung der Anlagen folgt. Eine Nachgründungsprüfung ist demnach nur notwendig, wenn die noch herzustellenden Anlagen später als fertiggestellte Objekte übernommen werden sollen, nicht aber wenn die Aktiengesellschaft auf Grund eigener Disposition die Gebäude herstellt oder herstellen lässt. Gegenstand der Nachgründungsprüfung wären somit nur reine Kauf-(Tausch-)verträge.

Andererseits wird nun aber auch - also über den grammatikalischen Inhalt der Bestimmung hinaus - als Gegenstand einer Sachübernahme (um eine solche handelt es sich im § 45, I AktG wie auch im § 20, I AktG) der Abschluss von Werkverträgen angesehen. Fischer, der den Nachgründungstatbestand 'so umfassend wie nur möglich' 1) ausgelegt wissen will, führt für die Sachübernahme generell aus 2): 'Darüber hinaus können nach ausdrücklicher Vorschrift auch erst noch herzustellende Anlagen Gegenstand einer Sachübernahme sein. Wenn dabei im Schrifttum .. zuweilen die Einschränkung gemacht wird, dass hierzu nur solche Werkverträge gehörten, bei denen der Unternehmer auch das Material liefert, so findet diese Einschränkung im Gesetz keine Stütze. Diese Unterscheidung erscheint überdies nutzlos, wenn man mit Schlegelberger-Quassowski gleichwohl auch die Aufnahme reiner Werkverträge in der Satzung verlangt, um eine Verpflichtung der Gesell-

1) FISCHER, Aktiengesetz, Grosskommentar (Berlin 1957) § 45, Anm. 2

2) FISCHER, a.a.O., § 20, Anm. 23

schaft zu begründen.' Fischer erwähnt dann auch in seiner Bearbeitung des § 45 AktG die Errichtung von Produktionsanlagen entsprechend 1).

Man kommt so zu der Feststellung, dass der hier zu untersuchenden Bestimmung ein anderer als der zunächst rein grammatikalisch aus dem Wortlaut des Gesetzes zu erklärende Sinn beigelegt worden ist. Dem ist auch kausal beizustimmen, denn auch im Rahmen von Bauverträgen zur Errichtung von Gebäuden und Anlagen können Vorteile zu Gunsten der Gründer und diesen naherstehender Personen eingearbeitet worden sein, die Schädigungen der Gläubiger und Aktionäre darstellen. Die Konstellation der Interessen- und Machtverhältnisse ist eine gleiche wie bei einem reinen Erwerb von Vermögensgegenständen. Die prüferische Aufgabe ist allerdings in diesen Fällen besonders schwer, da zur Prüfung nur die Bauverträge vorliegen und noch nicht die Kosten absolut feststehen 2). Immerhin enthalten die Verträge Kostenvoranschläge und Berechnungsvereinbarungen, die daraufhin geprüft werden können, ob sie innerhalb des üblichen Rahmens liegen oder nicht. Die Angemessenheit der effektiven Kosten hat dann der Jahresabschlussprüfer festzustellen 3).

Weiter konnte festgestellt werden, dass selbst bei Erwerb von Grundstücken 4)

1) FISCHER, a.a.O., § 45, Anm. 2

2) Beispiel für die bestehenden Schwierigkeiten

Hbg HRB 60 48 eingetragen am 29.12.1950
Aktienkapital: DM 240.000.--
Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Bei der Errichtung eines Geschäftshauses wurden durch Überschreitung der Kostenvoranschläge und durch nachträglich zusätzlich gegebenen Aufträge neben der ersten Nachgründungsprüfung zwei weitere Zusatzprüfungen notwendig.

3) vgl. auch Seite 66ff dieser Arbeit

4) Beispiel

Hbg HRB 54 42 eingetragen am 24.9.1949
Aktienkapital: DM 980.000.--
Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Geschäftsbericht für 1950

"Die Einbauten ... erfolgten für die Herstellung unserer Geschäftsräume im Grundstück ... Nr. 1, das von uns im Februar 1951 erworben wurde..."

Bilanz zum 31.12.1951

Es erschienen dann auch "dem eigenen Geschäftsbetrieb dienende Grundstücke und Gebäude" mit DM 1.296.653,47 (dagegen am 31.12.1950 DM -.-)

Unter Berücksichtigung der Angaben im Geschäftsbericht für 1950 liegt dem-

und bei der Übernahme von anderen Geschäftsbetrieben, Pensionskassen u.ä. 1)

Fortsetzung der Fussnote 4), Seite 42

nach eine Nichtbeachtung der Nachgründungsbestimmungen auf der Hand, da keine Nachgründungsprüfung stattgefunden hat.

1) Beispiele

- a) Bln HRB 84 33 eingetragen am 25.11.1954
Aktienkapital: DM 100.000, --
Kapitalerhöhung DM 200.000, -- (23.12.1954)
Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Geschäftsbericht für das Rumpfgeschäftsjahr 1954

"Unter dem 31. Dezember 1954 haben wir von der Einzelfirma die für die Aufnahme unserer praktischen Geschäftstätigkeit notwendigen Aktiven und Passiven zu deren Buchwerten übernommen. Diese sind im allgemeinen entsprechend den bisherigen Bilanzierungsgrundsätzen bei dieser Firma bewertet".

Trotzdem fand nur eine Bargründungsprüfung statt durch einen Wirtschaftsprüfer, um dessen Bestellung das Registergericht von dem Vorstand der neu gegründeten Aktiengesellschaft ersucht wurde (Schreiben vom 12.10.1954). Dieser Prüfer wurde später auch Abschlussprüfer und gab seinen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk, obwohl ihm bei der Prüfung das Fehlen einer Nachgründungsprüfung hätte auffallen müssen. Insofern liegt auch ein Verstoss in seiner Eigenschaft als Abschlussprüfer vor.

- b) Bln HRB 39 61 eingetragen am 27.8.1949
Aktienkapital: DM 1.000.000, --
keine externe Gründungsprüfung

Geschäftsbericht für das Rumpfgeschäftsjahr 1949

"Die Übernahme der Geschäfte der ... ermöglichte der Bank, die Anlaufkosten für die Durchführung ihrer eigentlichen Aufgabe ... ohne Verlust zu decken ... Das Rumpfgeschäftsjahr der Bank ist somit einerseits gekennzeichnet durch die Weiterführung der ... übernommenen Geschäfte und andererseits durch Vorarbeiten ..."

Eine Nachgründungsprüfung fand gleichfalls nicht statt.

- c) Bln HRB 64 27 eingetragen am 1.7.1950
Aktienkapital: DM 10.000.000, --
Gründungsprüfer: Vorstand vom Beispiel b)

die Nachgründungsvorschriften, denen diese Vorgänge auf jeden Fall unterliegen, nicht immer beachtet wurden. Diese Bestimmungen werden also auch heute noch umgangen. Hierher gehört auch die Beteiligung der neu gegründeten Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft oder gar deren Gründung 1), da sonst

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 43

Gründungsprüferbericht

"Sacheinlagen oder Sachübernahmen sind nicht erfolgt".

Satzung (§ 2)

"Gegenstand des Unternehmens ist insbesondere der Erwerb und die Weiterführung des"

Geschäftsbericht für das Geschäftsjahr 1950

"Am 6. Juli 1950 haben wir in Erfüllung des in der Satzung u.a. vorgesehen Gesellschaftszweckes das ... mit allen Aktiven und Passiven mit Rückwirkung ab 1. Januar 1950 erworben. ... Bei der Durchführung des ... abgeschlossenen Kaufvertrages haben sich Schwierigkeiten nicht ergeben..."

Eine Nachgründungsprüfung fand nicht statt.

Auch wenn in den Beispielen b) und c) die besondere Lage Westberlins mit hinein gespielt haben mag, so ist doch die geschilderte Handhabung nicht einwandfrei. Eventuell hätte man den Fall nach Artikel II der ersten Durchführungsverordnung zum Aktiengesetz lösen können.

1) Beispiel

Unternehmen A

Hbg HRB 74 49

eingetragen am 11.1.1955

Aktienkapital: DM 3.000.000, --

keine externe Gründungsprüfung

Unternehmen B

Hbg HRB 75 20

eingetragen am 31.3.1955

Aktienkapital: DM 4.000.000, --

keine externe Gründungsprüfung

Unternehmen C

Hbg HRB 77 63

eingetragen am 28.12.1955

Aktienkapital: DM 3.000.000, --

keine externe Gründungsprüfung

Geschäftsbericht für das Rumpfgeschäftsjahr 1955

"Beide Unternehmen (also A und B) beteiligten sich an der Gründung unserer Gesellschaft"

auf diese Weise leicht eine Umgehung der Schutzbestimmungen möglich wäre. Meist können jedoch die Verstösse nicht auf Grund der Gründungsunterlagen festgestellt werden, sondern sie ergeben sich erst aus den ersten Geschäftsberichten und den folgenden Bilanzen.

Auch die Bestimmung, dass wenn "der Erwerb der Vermögensgegenstände den Gegenstand des Unternehmens bildet" (§ 45, VIII AktG), eine externe Nachgründungsprüfung nicht notwendig ist, wird von der Praxis sehr weit ausgelegt 1). Teilweise

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 44

Beteiligung A an C: DM 1.000.000, --

Beteiligung B an C: DM 500.000, --

Nachgründungsprüfungen fanden nicht statt.

1) Beispiele

- a) Bln HRB 76 41 eingetragen am 1.9.1952
Aktienkapital: DM 400.000, --
Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Es handelte sich um eine Bargründung. Da bereits während der Gründung ein späterer Grundstückskauf und die Erstellung von Geschäfts- und Fabrikgebäuden vorgesehen waren, wies der Gründungsprüfer in seinem Bericht (S. 10) darauf hin, dass der Vorstand und Aufsichtsrat bei Abschluss der späteren Verträge zu prüfen haben wird, inwieweit die Nachgründungsvorschriften zur Anwendung kommen müssen.

Nach dem späteren Grundstückskauf veranlasste der anwaltliche Vertreter der Gesellschaft die Bestellung eines Nachgründungsprüfers. Dieser führt in seinem Bericht u. a. aus:

"Der Aufsichtsrat hat einen schriftlichen Bericht (Nachgründungsbericht) bisher nicht erstattet. Er ist der Auffassung, dass die abgeschlossenen und von mir untenstehend behandelten Verträge gemäss § 45, Absatz 8 AktG keine Nachgründung im Sinne des § 45, Absatz 1 - 7 AktG darstellen, weil der Abschluss der in Betracht kommenden Verträge im Rahmen des ordnungsmässigen Gegenstandes der Gesellschaft liegt."

Exkurs zur Satzung (§ 2, Absatz 2)

Die Gesellschaft "kann ... die zu ihrem Geschäftsbereich erforderlichen Einrichtungen und Liegenschaften erwerben und ... alle Geschäfte eingehen, die geeignet sind, den Geschäftszweck der Gesellschaft zu fördern."

(Eigentlicher Geschäftszweck - Absatz 1 - ist die Herstellung und der Vertrieb von Baumaterialien jeglicher Art, insbesondere von Leichtbeton...)

wird die Satzung direkt darauf abgestellt. Die herrschende Meinung tritt

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 45

"Es entsteht somit die rechtliche Frage, ob ... eine Nachgründung vorliegt oder ob (sie) ... zu verneinen ist. Da die verschiedenen Kommentatoren... und die Literatur keine eindeutige Stellung zu der hier zur Entscheidung anstehenden rechtlichen Frage nehmen, halte ich mich nicht befugt, diese Frage zu entscheiden".

Der Nachgründungsprüfer prüfte im folgenden die anstehenden Verträge - Grundstückskauf über DM 250.000, --, Bauvertrag über DM 1.971.000, -- und Lizenzverträge - in der für eine Nachgründungsprüfung vorgeschriebene Weise (S.4 ff).

Der Prüfer kommt dann aber zu dem Ergebnis, dass solange nicht der Nachgründungsbericht des Aufsichtsrates vorliegt, die Nachgründungsprüfung nicht vollständig durchgeführt werden kann.

Da nun in der Folgezeit der Nachgründungsbericht nicht erstattet wurde, sind die Verträge soweit man eine Nachgründung für erforderlich hielt, unwirksam geblieben, obwohl ihre tatsächlichen Seiten ausgeführt wurden.

Die Folge zeigte sich in 1954/1955, als die Gesellschaft ihre Zahlungen einstellte und am 12.9.1955 Konkursantrag stellte. Dies geschah trotzdem bis Ende 1953 weitere DM 500.000, -- durch Kapitalerhöhungen aufgebracht wurden. Die Ursache lag hauptsächlich in dem Ausfall eines als Hauptrohstoff benötigten Abfallproduktes bereits im Frühjahr 1954, da der Lieferant sein Verfahren umstellte. Die gesamten Investitionen des gerade fertig gestellten Werkes wurden weitgehend wertlos. Die Gesellschaft war Ende 1955 mit DM 1.600.000, -- bereits überschuldet. Der Konkursantrag wurde mangels Masse abgelehnt.

Die Gesellschaft und die Gläubiger versuchten zunächst - jetzt unter Berufung auf die fehlende Nachgründung und dem damit unwirksamen Grundstücksverkauf - der Hauptgläubigerin, einer Bank, die in Form einer Grundschuld bestellte dingliche Sicherung für die Forderung von DM 2.015.000, -- zu entziehen, da diese Sicherung gar nicht bestünde. Die Forderung der Bank wäre damit ungesichert und der Weg zu einem Zwangsvergleich offen.

Der Bank gelang es, nur mit Hilfe des öffentlichen Glaubens des Grundbuches (§ 892, 1. 1 BGB) ihre Sicherung zu wahren. Ihr konnte nicht das positive Wissen, dass sie die Grundschuld von einem Nichtberechtigten erworben hatte, nachgewiesen werden.

Gerade dieses ausführliche Beispiel aus der Praxis zeigt aber deutlich, wohin

berechtigterweise für eine engere Auslegung ein 1). Die enge Auffassung ergibt

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 45 und 46

die im Grunde doch nicht präzise genug formulierte aktienrechtliche Bestimmung führen kann, wenn einmal die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Gesellschaft umschlagen oder andere unvorhergesehene Schwierigkeiten auftreten.

- b) Bln HRB 86 12 eingetragen am 29.7.1955
 Aktienkapital: DM 2.000.000, --
 Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Aus der Satzung

"Gegenstand des Unternehmens ist die Förderung von Geschäfts- und Wohnhausneubauten und die Erstellung von Wohn- und Geschäftshäusern durch Dritte und ihre Verwaltung sowie Nutzung des Kapitalvermögens..."

Am 12.7.1955 (also noch vor der Eintragung) wurde ein Erbbaupachtvertrag abgeschlossen. In diesem war u.a. die Zahlung einer Erbbaupacht von jährlich bis zu DM 800.000, -- vereinbart worden. Laufzeit des Vertrages 50 Jahre. Es wurde anschliessend sofort mit dem Bau der Geschäftsgebäude begonnen.

Hierzu aus dem

Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses z. 31.12.1955

Tz. 17: "Der Aufsichtsrat hat einen Erbbaupachtvertrag in der Sitzung am 18.10.1955 genehmigt und beschlossen, dass die Gesellschaft nachdem sie im Handelsregister eingetragen ist, den Vertrag als rechtsverbindlich anerkennt.

Tz. 21: Die Baukosten waren ursprünglich auf DM 20,0 Mill. geschätzt. Infolge der Verteuerung ... muss mit höheren Herstellkosten gerechnet werden. ..."

- c) Bln HRB 92 95 eingetragen am 11.7.1957
 Aktienkapital DM 500.000, --
 keine externe Gründungsprüfung

Aus der Satzung (§ 2)

"Gegenstand des Unternehmens ist die Errichtung und der Betrieb eines Hotels auf dem in Berlin W 30, K...str... belegenen Grundstücks..."

Der Hotelneubau ist im Frühjahr 1958 fast fertig gestellt. Eine besondere Nachgründungsprüfung hat nicht stattgefunden. Es handelt sich auch hier um ein Millionenobjekt.

- 1) vgl. Schlegelberger, Quassowski, Herbig, Gessler, Hefermehl alle im Aktiengesetz, Kommentar, Berlin 1939 (nachfolgend zitiert nur mit SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O.) § 45, Anm. 4: "Der eigentliche Zweck der Gesell-

sich letztlich auch aus den der Bestimmung zugrundeliegenden Gedanken. Es wäre allerdings eine noch schärfere Fassung der Vorschrift zweckmässig. Sie könnte überhaupt eingeschränkt werden auf Wohnungsbau- und Siedlungsgesellschaften, die als Hauptausnahme angeführt werden. Der sonstigen Tätigkeit (Kauf von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen usf.) im Rahmen des Gegenstandes des Unternehmens ist im übrigen durch die 10 %-Klausel des § 45, I, 1 AktG genügend Spielraum gegeben. Eher könnte man hier den als kritisch angesehenen Prozentsatz etwas erhöhen, als die letztlich doch sehr verschwommene und daher ausgenutzte Bestimmung des Absatzes VIII des § 45 AktG bestehen zu lassen 1).

Die Nachgründungsprüfung selbst gleicht hinsichtlich der Prüfungsgrundsätze inhaltlich einer Prüfung von Sachübernahmen bei der Gründung; Gegenstand der Prüfung ist somit primär die Nachgründung und ihr Vertrag. Die sonstigen Gründungsvorschriften sind grundsätzlich nicht in die Prüfung einzubeziehen. Festzustellen ist nur zusätzlich, ob für die Nachgründung oder deren Vorbereitung Entschädigungen, Belohnungen oder überhaupt sonstige besondere Vorteile gewährt worden sind. Insofern wird die normale Gründungsprüfung nachgeholt.

IV. DIE EXTERNE PRÜFUNG NACH DEN GRUNDSÄTZEN DER GRÜNDUNGSPRÜFUNG BEI QUALIFIZIERTEN KAPITALERHÖHUNGEN

Die verschiedenen Arten der qualifizierten Kapitalerhöhung (normale, bedingte und genehmigte) unterliegen in der zu untersuchenden Frage nach einer besonderen Prüfung gleichen Grundsätzen.

Der Gesetzgeber spricht in allen Fällen nur von Kapitalerhöhungen mit oder gegen Sacheinlagen. Nachdem er im Gesetz erstmals eine Legaldefinition für die Sach-

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 47

schaft muss vielmehr darauf gehen, bestimmte Gegenstände zu erwerben". Es reicht aber nicht die Aufzählung bestimmter Gegenstände in der Satzung aus.

- 1) So auch Vorschläge zur Aktienrechtsreform des Arbeitskreises Aktienrechtsreform im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V., Düsseldorf 1956, zu § 45 AktG (S. 16):

"Schwierigkeiten mit den Nachgründungsbestimmungen entstehen aus zwei Gründen. Einmal erscheint der in Absatz I gewählte Prozentsatz ... zu niedrig, zum anderen ist die Auslegung des Absatzes VIII - trotz seiner anscheinend klaren Fassung - umstritten. ... Es wäre wünschenswert, ... die Fälle der Freistellung klar (hervorzuheben). Ausserdem wäre zu prüfen, ob im Absatz 1 der Prozentsatz erhöht werden sollte".

einlagen einerseits und für die Sachübernahmen andererseits gegeben hat und er im Rahmen der Bestimmungen über die qualifizierten Kapitalerhöhungen die letzten nicht erwähnt, verbleibt es für die Sachübernahmen, auch soweit sie aus Mitteln einer Kapitalerhöhung vorgenommen werden sollen, bei den allgemeinen Bestimmungen für Sachübernahmen. Sind also die darauf hinzielenden Verträge vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen worden, so sind sie unwirksam. Sie müssen vielmehr nach der Eintragung erneut vorgenommen werden und bedürfen dann - genauso wie die innerhalb der ersten zwei Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister geschlossenen - der Zustimmung der Hauptversammlung, soweit sie den zehnten Teil des Grundkapitals wertmässig übersteigen (§ 45, I AktG unter Beachtung von Absatz VIII). Hierbei ist das Grundkapital einschliesslich Kapitalerhöhung zugrunde zu legen. Vorher hat jedoch eine nach den Grundsätzen der Gründungsprüfung vorzunehmende Prüfung stattzufinden.

Der Begriff der qualifizierten Kapitalerhöhung ist demnach rechtlich eng und nur auf die Kapitalerhöhungen mit bzw. gegen Sacheinlagen anwendbar. Hier muss man nun eine Dreiteilung vornehmen. Die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen wird entweder:

1. bereits vor der Entstehung der Aktiengesellschaft vereinbart, oder
2. wird innerhalb der ersten zwei Jahre seit der Eintragung der Gesellschaft oder
3. wird erst noch später beschlossen.

Wirksame Vereinbarungen über Sacheinlagen bei Kapitalerhöhungen bereits im Gründungsstadium der Gesellschaft (Fall 1) hat der Gesetzgeber nur für die genehmigte Kapitalerhöhung zugelassen. Nur zu einer solchen kann der Vorstand bereits in der ersten von den Gründern festgestellten Satzung ermächtigt werden (§ 169, I AktG). Eine normale oder bedingte Kapitalerhöhung dagegen kann nur von der Hauptversammlung - also nach Eintragung der Gesellschaft - beschlossen werden. Ist aber solcherart die gestaltende Einwirkungskraft der Hauptversammlung vom Gesetzgeber bei der genehmigten Kapitalerhöhung - und zwar mit Bedacht - beschnitten worden, so war doch andererseits eine die Aktionäre und Gläubiger gleichermassen schützende Regelung notwendig. Deshalb hat der Gesetzgeber einmal Angaben über diese Sacheinlagen in dem für eine Gründung mit Sacheinlagen vorgeschriebenen Umfange bereits für die erste Satzung gefordert und zum anderen vor der Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister auch u. a. eine nach den Vorschriften der Gründungsprüfung durchzuführende externe Prüfung verlangt (§ 173, 2 AktG).

Sind diese Angaben nicht in der Satzung gemacht, so sind die Vereinbarungen

der Gesellschaft gegenüber genauso unwirksam, wie solche im Hinblick auf eine normale und bedingte qualifizierte Kapitalerhöhung im Gründungsstadium gemacht. Es bleibt in diesen Fällen nur der Weg, neue Vereinbarungen zu treffen wobei dann vor der Zustimmung der Hauptversammlung unter anderem eine externe Nachgründungsprüfung stattzufinden hat (§ 45 AktG). Das Verfahren ist ja schon an anderer Stelle berührt worden.

Genauso steht es im Fall 2 der Einteilung. Der Gesetzgeber weist zwar bei keiner der Kapitalerhöhungsarten auf die Anwendung der Nachgründungsbestimmungen ausdrücklich hin. Er tat dies noch in den Entwürfen 1) in einer auch dem HGB im § 279, II, 2 entsprechenden Ausdrucksweise: "Die Vorschriften der (Nachgründung bleiben unberührt", d. h. sind anzuwenden 2). Da sich dies eigentlich bei einem richtigen kausalen Rechtsdenken von selbst versteht, wurde eine derartige Bestimmung auch nicht extra übernommen 3). Es hat also in allen diesen Fällen eine externe Prüfung entsprechend den Nachgründungsvorschriften stattzufinden.

Für den Fall 3 gilt dagegen das in der Begründung zum Aktiengesetz Gesagte. "Von einer Pflichtprüfung, wie sie bei der Gründung stattfindet, sieht der Entwurf ab, um die Durchführung einer Kapitalerhöhung nicht zu erschweren" 4). Für diese Fälle besteht neben anderen wichtigeren Sicherungen nur ein gewisses Nachprüfungsrecht des Registerrichters. Er "kann die Eintragung ablehnen, wenn es offensichtlich ist, dass der Wert der Sacheinlagen hinter dem Nennwert der dafür zu

1) Vorschriften zur qualifizierten Kapitalerhöhung

	E I	E II
normale	§ 147, II, 2	§ 148, II, 2
bedingte	§ 158, II, 1 mit 147, II, 2	§ 158, II, 1 mit 148, II, 2
genehmigte	§ 174, IV	§ 174, IV

- 2) STAUBS Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage (1933) von Albert Pinner (nachfolgend zitiert nur mit "Staub-Pinner", a. a. O.) § 279 (HGB), Anm. 8 und auch in den Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften usw., 1930, Seite 121
- 3) W. GADOW im Aktiengesetz, Kommentar, (1939), § 172, Anm. 1; G. RITTER, Aktiengesetz, erläutert von - ; (1939), § 150, Anm. 2f; SCHLEGELBERGER-QUASS., a. a. O., § 45, Anm. 3; Frhr. R. v. GODIN und H. WILHELM, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 1950, erläutert von - ; (nachfolgend nur zitiert mit "v. Godin-Wilhelm", a. a. O.) § 45, Anm. 1; R. FISCHER, Aktiengesetz, Grosskommentar, (1957), § 45, Anm. 7
- 4) DRA v. 4. 2. 1937, Beil. 1, Seite 4

gewährenden Aktien zurückbleibt" (§§ 151, III, 155, IV und 162, III AktG). Er kann soweit begründeter Verdacht vorliegt, zur Nachprüfung Sachverständige heranziehen 1).

Der Gesetzgeber ist also auch bei der qualifizierten Kapitalerhöhung der Interessen- und Machtlage durch entsprechende Gestaltung der Verhältnisse voll gerecht geworden.

V. DIE EXTERNE PRÜFUNG NACH DEN GRUNDSÄTZEN DER GRÜNDUNGSPRÜFUNG BEI VERSCHMELZUNGEN

Im Verschmelzungsrecht hat der Gesetzgeber wie in den anderen bisher untersuchten Fällen gleichermassen eine Abwägung der rechtsbestimmenden Gestaltungselemente vorgenommen. Dies zeigt sich gleich beim ersten Fall.

1. Verschmelzung durch Neubildung

Eine Verschmelzung durch Neubildung ist nur zwischen Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien möglich (§§ 233, 248 AktG). "Die Bildung der neuen Gesellschaft ist (dabei) begrifflich nicht als Gründung behandelt" 2). Daher finden die Gründungsvorschriften nur insoweit Anwendung, "als diese ausdrücklich angeordnet ist" 3). Sie kommen nur beschränkt zum Zuge, um die Verschmelzung nicht "zu erschweren" und um nicht "erhebliche Kosten zu machen" 4). Schliesslich besteht sowieso eine allgemeine Prüfungs- und Offenlegungspflicht der vorangegangenen Jahresabschlüsse. Aber der Gesetzgeber stellte dafür richtigerweise fest, dass "die Verschmelzung durch Neubildung ... deshalb erst dann zulässig (ist), wenn jede der sich vereinigenden Gesellschaften mindestens zwei Jahre im Handelsregister eingetragen war" 5) (vgl. § 247, II AktG). Er liess es erst gar nicht zu der Gefahr von Interessenkonflikten zwischen den betroffenen Gruppen - zumindest in diesem Zeitraum - kommen.

1) vgl. Seite 64 ff dieser Arbeit

2) Entwurf (I) eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternde Bemerkungen, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1930, Seite 128

3) wie vor, a. a. O., Seite 128

4) Begründung zum Aktiengesetz von 1937, DRA v. 4.2.1937, Beilage 2, Seite 3

5) wie vor, a. a. O., Seite 3

2. Verschmelzung durch Aufnahme

Anders dagegen ist die Regelung bei der Verschmelzung durch Aufnahme. Bei ihr gelten, soweit der Verschmelzungsvertrag in den ersten zwei Jahren seit Eintragung der übernehmenden Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen worden ist, die Vorschriften über die Nachgründung sinngemäss (§ 236, 1 AktG). Es kommt also zu einer externen Prüfung. Dies gilt für die Aufnahme einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien und einer bergrechtlichen Gewerkschaft, nicht jedoch für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine solche Aufnahme lässt das Gesetz überhaupt erst nach zwei Jahren des Bestehens der übernehmenden Gesellschaft zu (§ 249, IV AktG). Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht prüfungspflichtig ist und daher Missbräuche vermieden werden sollen ¹⁾. Diese Begründung kann aber nicht überzeugen, da durch eine Gründungsprüfung - ähnlich wie in den anderen Aufnahmefällen - eingehend auch die Verhältnisse der aufzunehmenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung untersucht werden müssen. Hierdurch wird ein ausreichender Schutz erreicht. Die Nichtzulassung einer derartigen Aufnahme ist aber auch deshalb nicht sinnvoll, weil der gleiche wirtschaftliche Erfolg auch auf dem Weg über eine unechte Verschmelzung (also mit Liquidation der GmbH oder als Übertragung des ganzen Vermögens) im Zusammenhang mit einer qualifizierten Kapitalerhöhung erreicht werden kann. Es hat dabei eine Nachgründungsprüfung stattzufinden. Die Bestimmung - doch zu Gunsten der von der Aktiengesellschaft berührten Kreise - kann also auf andere Weise mit gleichem wirtschaftlichen Endergebnis doch umgangen werden. Hiergegen ist auch nichts einzuwenden, da ja eine externe Prüfung stattfindet.

Nach Ablauf von zwei Jahren ist sowohl bei der Verschmelzung durch Neubildung wie durch Aufnahme keine externe Prüfung mehr vorgeschrieben. Bei der Verschmelzung durch Neubildung besteht jedoch ein Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht des Registerrichters auch hinsichtlich offener Unterpariausgabe, trotzdem der § 31 AktG nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt worden ist. "Dies ergibt sich schon aus dem allgemeinen Grundsatz, dass er (der Registerrichter) nicht zur Verletzung des Gesetzes mitwirken kann" ²⁾.

Auch bei der Verschmelzung durch Aufnahme kommt grundsätzlich die Prüfung durch den Registerrichter zum Zuge, da in der Regel eine derartige Verschmelzung nur auf dem Wege über eine qualifizierte Kapitalerhöhung möglich ist und

1) Begründung zum Aktiengesetz von 1937, DRA v. 4.2.1937, Beilage 2, Seite 3

2) v. GODIN-WILHELM, a. a. O., § 247, Anm. 14

für diese eine derartige Prüfung vorgeschrieben ist. (§§ 151, III; 155, IV und 162, III AktG).

Es entsteht jedoch nun die Frage, ob die Regelung der Nichtprüfung nach zwei Jahren seit der Entstehung der aufnehmenden Gesellschaft bzw. überhaupt bei einer Verschmelzungsneubildung vertretbar ist.

Die Verschmelzung durch Neubildung behandelt der Gesetzgeber begrifflich nicht als Gründung, um die Verschmelzung nicht "zu erschweren" und um nicht "erhebliche Kosten zu machen" 1). Gleiche Gründe dürfte er erst recht für die Nichteinführung einer externen Prüfung bei der Verschmelzung durch Aufnahme gehabt haben. Zur Beantwortung der Frage, inwieweit nun diese Handhabung vertretbar ist, müssen die dabei bestehenden Macht- und Interessenzusammenhänge in das Gesichtsfeld gerückt werden.

Zunächst muss die Sicherung der Aktionäre, Gesellschafter und Gewerken untersucht werden. Der Gesetzgeber verlangt für die Beschlussfassung über die Verschmelzungsverträge eine Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 234, II, 1 AktG). Eine Minderheit kann über das Recht auf Sonderprüfung gegebenenfalls die Prüfung der Verschmelzungsverträge, die ja durch einen Akt der Geschäftsführung zustande gekommen sind, durchsetzen. Den so Beteiligten steht also ein ausreichendes Einwirkungsvermögen zur Verfügung. Vor allem kann die Zustimmung von der Vorlage einer externen Prüfungsbestätigung besonders hinsichtlich der Angemessenheit des Verschmelzungsverhältnisses abhängig gemacht werden. Durch diese Möglichkeit ist der typischen Interessenlage befriedigend entsprochen, zumal auch die Haftung der Verantwortlichen verschärft wurde.

Die zweite von der Verschmelzung betroffene Gruppe sind die Gläubiger. Hier sieht der Gesetzgeber nur einen ausreichenden Schutz der übertragenden Gesellschaft vor (§ 241 AktG). In Wirklichkeit erscheint der Schutz der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft viel wichtiger. Die übertragende Gesellschaft ist finanziell meist weit schwächer als die übernehmende. Die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft erhalten dadurch eine bessere Sicherung, während die der übernehmenden Gesellschaft das möglicherweise bestehende schlechte Risiko der übertragenden mit belastet. Die aufnehmende Gesellschaft (auch Verlustgesellschaft) kann sich übernommen haben. Die Gläubiger kommen so in eine schlechtere Position. Dies wäre also der einzige Grund, der für eine Art Gründungsprüfung anzuführen wäre. Allein, es erscheint zweckmässiger, die Sicherung auf andere Weise durchzuführen, evtl. schon einmal über eine Bestimmung, dass die

1) Begründung zum Aktiengesetz von 1937, DRA v. 4.2.1937, Beilage 2, Seite 3

aufnehmende Gesellschaft in ihrer letzten Bilanz weder einen Verlustvortrag noch Reinverlust ausgewiesen hat und die gesetzliche Rücklage aufgefüllt ist, um durch diesen Garantiestock eine Mindestsicherung der Gläubiger zu erreichen. Eine Sicherung entsprechend der Gläubigerschutzbestimmung - wie für die übertragende Gesellschaft bestehend (§ 241 AktG) - wäre auch denkbar.

In der Praxis findet entweder auf Veranlassung der für den Verschmelzungsvertrag Verantwortlichen oder auch auf Betreiben der an der Aktiengesellschaft ausreichend Beteiligten fast stets bei beiden Arten der Verschmelzung entweder vorbereitend oder durchführend eine Prüfung und Begutachtung durch einen Wirtschaftsprüfer statt 1). Es handelt sich hierbei um eine der schwierigsten finanztechnischen Operationen überhaupt, die demnach auch eine der diffizilsten prüferischen und beratenden Aufgaben ist.

Abschliessend sei erwähnt, dass soweit eine Prüfungspflicht besteht, auch die Bilanz der übertragenden Gesellschaft als wichtigste Grundlage zu prüfen ist 2). Wie die gesetzlichen Verweisungen auf die Nachgründung und damit auf die externe Gründungsprüfung zeigen, kommen die Grundsätze über diese Prüfung zur Anwendung. Es darf aber dabei nicht verkannt werden, dass bei der Verschmelzung noch vielschichtige, darüber hinausgehende Probleme bestehen (siehe Verschmelzungsbilanz 3)), die zu behandeln, nicht weiter in unsere Aufgabenstellung fällt.

1) HINTNER, O.; Praxis der Wirtschaftsprüfung, Stuttgart 1949, Seite 30

2) Die Bestimmung des § 239, III, 2 AktG "Für diese Bilanz gelten die Vorschriften über die Jahresbilanz sinngemäss" schliessen nach herrschender Meinung die dort bestehenden Prüfungsvorschriften nicht automatisch ein. Auch auf diesem Wege kommt es nicht zu einer externen Pflichtprüfung über den vorgeschriebenen Zweijahresrahmen hinaus.

O. WEIPERT in: Aktiengesetz, Kommentar (1939) § 239, Anm. 13;
SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 239, Anm. 10; v. GODIN-WILHELMI,
a.a.O., § 239, Anm. 4;

sowie Hans ADLER, Walther DÜRING, Kurt SCHMALTZ, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Handkommentar, Stuttgart 1957 (nachfolgend zitiert mit "Adler-Düring-Schmaltz, a.a.O.") § 135, Tz. 228

3) TRUMPLER, Hans, Die Bilanz der Aktiengesellschaft nach deutschem Aktien- und Steuerrecht unter Hinweisen auf das Recht der Vereinigten Staaten, Englands und der Schweiz, Basel 1950, Seite 440-457

VI. DIE EXTERNE PRÜFUNG NACH DEN GRUNDSÄTZEN DER GRÜNDUNGSPRÜFUNG BEI UMWANDLUNGEN 1)

Auch die bei der Umwandlung in das Gesichtsfeld tretenden Interessen- und Machtzusammenhänge gleichen den teilweise bei der Gründung bestehenden. Soweit dies der Fall ist, erfordern sie eine gleichartige Rechtsgestaltung, die auch im allgemeinen so getroffen worden ist. Der Gesetzgeber ist dabei mit seinen Schutzvorschriften teilweise über den bisher ermittelten Rahmen hinausgegangen.

Die Anwendung der Bestimmungen über die Gründung versteht sich nicht von selbst; denn "die Umwandlung geschieht in jedem Fall unter Wahrung der Personengleichheit, nur die Rechtsform der Gesellschaft ändert sich. Eine Auflösung oder Neugründung findet nicht statt" 2). Die unmittelbar Beteiligten gehen mit der gleichen Vermögenseinheit den gleichen Interessen nach wie vorher. Um aber auf dem Weg über die Umwandlung eine Umgehung der Gründungsvorschriften zu verhindern, mussten diese Vorschriften zur Anwendung gebracht werden. Zum weiteren wird nunmehr auch automatisch ein grösserer Kreis der am Wirtschaftsleben Beteiligten mit angesprochen.

Zunächst sollen die einschlägigen u. a. auch zu einer derartigen externen Prüfung führenden Bestimmungen angeführt werden.

Umwandlung von	Externe Gründungsprüfung auf Grund von §§ (AktG)
a) Aktiengesellschaft in Kommanditgesellschaft auf Aktien	257, III (mit 225 + 25, II, Ziff. 1 auf alle Fälle)
b) Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Aktiengesellschaft	271, I + III
c) Bergrechtliche Gewerkschaft in Aktiengesellschaft	279, II mit 271, I + III
d) Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Kommanditgesellschaft auf Aktien	283, III (auch 286 mit 271, III)
e) Bergrechtliche Gewerkschaft in Kommanditgesellschaft auf Aktien	287, II mit 283, III oder mit 279, II mit 271, III

1) Beispiel für eine umfangreiche Umwandlungsprüfung (Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Aktiengesellschaft)

Hbg HRB 8243

eingetragen am 19.8.1957

BP-Benzin und Petroleum-AG

Grundkapital: DM 120.000.000, --

Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

2) Begründung zum Aktiengesetz von 1937, DRA v. 4.2.1937, 2. Beilage, Seite 3

Die Bestimmung, die verlangt, dass die Umwandlung einer Aktiengesellschaft (kurz AG) in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (kurz KGaA) u. a. auf jeden Fall einer externen Gründungsprüfung unterworfen wird, ist zu weitgehend. Der Vorgang ähnelt - soweit der Komplementär (Sach-) Einlagen macht (wozu er nicht verpflichtet ist) - in gewissem Masse einer Kapitalerhöhung oder noch besser dem Beitritt eines weiteren persönlich haftenden Gesellschafters bei einer KGaA 1). Dort kommen die Gründungsvorschriften auch nur für einen Zeitraum von zwei Jahren seit der Entstehung der Gesellschaft zur Anwendung 2). Auch die Macht- und Interessengestaltung und damit das vertretbare typische Schutzbedürfnis ist hier bei der Umwandlung und dort bei der Kapitalerhöhung für das Problem gleich. Auch hier kann eine Dreiviertelmehrheit (aus dem vertretenen Grundkapital berechnet) nach zwei Jahren seit Entstehung der Gesellschaft genügend auf die Gestaltung der Verträge mit dem Komplementär einwirken und gegebenenfalls ihre Zustimmung von einer besonderen Prüfung abhängig machen. Schliesslich erhält die Haftungsgrundlage für die Gläubiger grundsätzlich eine Erweiterung. Andererseits haftet aber das Gesellschaftsvermögen nicht über die eventuelle Einlagenforderung des Komplementärs für dessen Privatschulden. Die Haftung dafür kann sogar noch nicht einmal ohne weiteres geltend gemacht werden (§ 135 HGB). Die Lage ist also eine ganz andere, als die

- 1) Letztes Beispiel führen v. GODIN-WILHELMI, a. a. O., § 257, Anm. 2 a, an.
- 2) Es kommen in diesem speziellen Umwandlungsfall sowieso subsidiär die Nachgründungsvorschriften zum Zuge, wenn die Umwandlung unter gleichzeitigen Sacheinlagen innerhalb eines Zeitraumes von zwei Jahren seit Eintragung der AG in das Handelsregister erfolgte. Das hat zur Folge, dass u. a. die externe Nachgründungsprüfung vor dem Beschluss der Hauptversammlung stattzufinden hat (§ 45, III AktG), während die Umwandlungs("gründungs"-)prüfung nicht bereits vor der Beschlussfassung durchgeführt sein muss.

Die vorgenommene Vermögenseinlage führt bei der KGaA nicht zur Bildung eines Sondervermögens, sondern diese erwirbt die Vermögenseinlage gegen Vergütung/Einrichtung eines Einlagekontos. Das der Einlage entsprechende Aktivum geht dabei in das Alleineigentum der juristischen Person über. Die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über Kommanditgesellschaften usw. kommen hierbei nicht zum Zuge, denn die Transaktion geschieht auf jeden Fall auf Grund des in der Satzung zu sehenden Vertrages. Es besteht also hinsichtlich der Einlage ein Rechtsverhältnis zur juristischen Person und nicht anderen Gruppen gegenüber. Die Bestimmungen über die Nachgründungsvorschriften sind daher sinngemäss anzuwenden. Sie reichen dann aber auch aus.

v. GODIN-WILHELMI, a. a. O., halten jedoch (§ 222 Anm. 3) die Anwendung dieser Schutzbestimmungen (allerdings ihres Erachtens zu Unrecht) nach der gegebenen Lage nicht für zulässig.

von der Gründung her bekannte. Demnach ist nach Abwägung aller berechtigten Fakten hier eine externe Umwandlungs("gründungs"-)prüfung nicht für erforderlich zu halten.

Die Umwandlung einer KGaA in eine AG unterliegt dagegen bereits nach dem Gesetz keiner besonderen Prüfung. Schliesslich verschlechtert sich dabei nicht die Lage der Aktionäre, daher bedarf es auch keiner 75 % Kapitalmehrheit zur Beschlussfassung der Umwandlung. Von den Komplementären kann ganz abgesehen werden, denn ohne deren Zustimmung ist eine derartige Umwandlung gar nicht möglich. Auch "ist von einer Sicherung der Gläubiger... als überflüssig Abstand genommen... Ihre Rechtsstellung erfährt keine durchgreifende Verschlechterung, die ihre Sicherung erfordert". So heisst es in der amtlichen Begründung zum Aktiengesetz 1). Die Gefährdung der Gläubiger liegt in dem Ausscheiden des Komplementärs. Für die in der Regel bestehende Einlage des Komplementärs muss dieser entschädigt werden. Im Rahmen einer Auseinandersetzung entsteht eine Forderung des Komplementärs gegen die Gesellschaft, die Gegenstand einer Sacheinlage im Zuge einer qualifizierten Kapitalerhöhung sein kann. Es greift dann bei Erfüllung der zeitlichen Voraussetzung - auf die KGaA bezogen - die Bestimmung über die externe Nachgründungsprüfung ein. Dabei wird auch die Bewertung der Auseinandersetzungsforderung geprüft. Wird aber das Auseinandersetzungsguthaben ausgezahlt, so findet keine derartige Prüfung statt, was besonders im Hinblick auf die Gläubiger wünschenswert wäre. Auch liegt hierin ein gewisser Widerspruch, denn in diesen Fällen erfordert das Interesse der Gläubiger weit mehr eine Nachprüfung als in dem Fall der Kapitalerhöhung, da bei einer solchen die Mittel dem Unternehmen verbleiben. Es darf aber nicht übersehen werden, dass die Komplementäre für die bis zur Eintragung der Umwandlung entstandenen Verpflichtungen der Gesellschaft fünf Jahre weiter haften (§ 159, I HGB).

Bei der Umwandlung von der Rechtsform einer GmbH oder bergrechtlichen Gewerkschaft in eine AG oder KGaA wurde dagegen die externe Gründungsprüfung folgerichtig vorgeschrieben. "Andernfalls wäre es möglich gewesen, die Gründungsvorschriften für die Aktiengesellschaft durch Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit anschliessender Umwandlung in eine Aktiengesellschaft zu umgehen" 2). Sie erfolgt auch hier weniger aus dem Interesse der GmbH-Gesellschafter und Gewerken, sondern überwiegend - wie bei einer AG-Gründung - aus dem Interesse der möglichen zukünftigen Beteiligten und auch neuen Gläubiger. Die alten Gläubiger sind zwar sicher

1) DRA v. 4.2.1937, 2. Beilage, Seite 3

2) Begründung zum Aktiengesetz von 1937, DRA v. 4.2.1937, 2. Beilage, Seite 4

an der Offenlegung interessiert, aber sie haben sich bereits mit dem Unternehmen in der alten Rechtsform eingelassen. Daher ist das Recht ihren Interessen gegenüber nicht besonders verpflichtet. Wohl allerdings, wenn sie nun daraufhin den Kredit erhöhen wollen.

Für den externen Prüfer, der auf Grund der Umwandlungsvorschriften bestellt wurde, gelten grundsätzlich die Vorschriften über die Gründungsprüfung sinngemäss. Die Vorgänge bei der Gründung der Vorgesellschaft sind jedoch nur dann in seine Prüfung einzubeziehen, wenn sie zum Zeitpunkt der Umwandlung sich noch auswirken. Es treten also bei der Prüfungsdurchführung Sonderfragen auf, die über den Rahmen der eigentlichen Gründungsprüfung hinausgehen. Dies zeigt sich schon in der Bestimmung, dass die Prüfung bei der Umwandlung einer GmbH oder bergrechtlichen Gewerkschaft in eine AG oder KGaA (§§ 271, III, 2 sowie über 279, II, 286 und 287, II AktG) sich namentlich darauf zu erstrecken hat, ob die von den Geschäftsführern, Grubenvorständen oder Repräsentanten für die Durchführung der Umwandlung aufzustellende Bilanz den aktienrechtlichen Vorschriften entspricht.

Sacheinlagen und Sachübernahmen kommen bei der Umwandlung nicht vor. Die sinngemässe Anwendung der Vorschrift, die Angemessenheit der Gegenleistung zu prüfen, bedeutet in diesem Falle also, dass geprüft werden muss, ob das in der der Umwandlung zugrunde liegenden Umwandlungsbilanz angewiesene Bar- und Sachvermögen - abzüglich der passivierten Wertberichtigungen, Rückstellungen und Verbindlichkeiten - mindestens den Betrag des festgesetzten Aktienkapitals erreicht. Dabei ist natürlich die ordnungsgemässe Bewertung der Aktiven und Passiven mit zu prüfen. Angaben über die Anschaffungs- und Herstellungskosten der Aktiven sind je nach Lage des Falles und der Grösse des Unternehmens zu fordern. Sie können auch zusammengefasst werden. Es muss nur eben daraus erkennbar sein, dass angemessene Werte (nicht zu hoch) in die Umwandlungsbilanz Eingang gefunden haben 1). - Auch der zum Lagebericht erweiterte Gründungs-

- 1) Etwas überspitzt wurde dazu im Gründungsbericht bei der BP-Umwandlung (Hgb HRB 82 43) geäussert (Seite 32, Tz 66):

Die Einzelangaben der Anschaffungs- und Herstellungskosten "würde im vorliegenden Falle der Umwandlung der BP-GmbH in die BP-AG bedeuten, die umfangreiche Tätigkeit der Einkaufsabteilung der BP-GmbH in den beiden letzten Jahren zu rekapitulieren, was Bände füllen würde. Eine solche sinngemässe Anwendung seiner Vorschriften ... kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben".

Im übrigen ist gerade zu diesem Bericht zu bemerken, dass eingehende Angaben über die Anlagen, Zugänge, Abgänge und Abschreibungen gemacht wurden, und auch die anderen Bilanzpositionen eine eingehende Erläuterung erfuhren, so dass man sich von der Angemessenheit ausreichend informieren konnte.

bericht ist in die Prüfung mit einzubeziehen. Die externe Prüfung findet demnach erst nach dem Umwandlungsbeschluss der Gesellschafter (Gewerken-)versammlung statt.

Der Umwandlung einer AG in eine KGaA und umgekehrt kann eine normale Jahresbilanz zugrunde gelegt werden. Geschieht das, so unterliegt sie der Jahresabschlussprüfung, die zweckmässigerweise vorangehen sollte. Die Prüfung der Umwandlungsbilanz an und für sich ist für die hier angeführten beiden Fälle - auch aus den Bestimmungen der Gründungsprüfungen heraus - "zwingend nicht vorgeschrieben", wird aber freiwillig "immer angebracht und zweckmässig sein" 1), zumal sowieso eine externe "Gründungsprüfung" stattzufinden hat (nur nicht bei KGaA in AG).

Aus den angeschnittenen Problemen ist zwar zu erkennen, dass wohl nach den Bestimmungen des Gründungsrechts prüfungsmässig zu verfahren ist, dass aber das Umwandlungsrecht, das die Anwendung dieser Bestimmungen vorschreibt, ihnen über ihren ursprünglichen Inhalt hinaus noch einen weiteren spezifischen gibt. Gerade die angeführte Prüfung der Umwandlungsbilanz wird zum Hauptprüfungsinhalt 2). Den damit und auch sonst mit der Prüfung verbundenen Spezialfragen kann aber hier nicht weiter nachgegangen werden.

VII. DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG IM ZUGE DER ENTFLECHTUNG

1. Grundsätzliches

Eine externe Gründungsprüfung im Zuge von Entflechtungen ist im deutschen Aktienrecht nicht besonders vorgesehen worden. Unter Entflechtung wird dabei die teilweise oder vollständige Aufteilung einer Grossunternehmung (eines Konzerns oder eines ähnlichen Gebildes) in verschiedene kleinere, rechtlich völlig selbständige Einheiten, möglicherweise auch verschiedener Rechtsform verstanden. Die Veranlassung dazu kann entweder ein freiwilliger Beschluss der Beteiligten oder ein Hoheitsakt gegeben haben. Für die freiwillige Durchführung gelten dabei die allgemeinen Bestimmungen, d. h. ist eine der neu geschaffenen Einheiten eine Aktiengesellschaft, so hat - auf Grund der Sacheinbringungen - auch eine externe Gründungsprüfung stattzufinden.

1) HINTNER, O., a. a. O., Seite 31

2) vgl. TRUMPLER, a. a. O., Seite 463 ff

2. Entflechtungsmassnahmen der Alliierten

Entflechtungen auf Grund eines obrigkeitlichen Hoheitsaktes wurden dagegen in Deutschland erstmalig nach 1945 durch die Massnahmen der Alliierten veranlasst und durchgeführt. Hierbei bemühte man sich, alsbald bei der Durchführung der Entflechtung jedenfalls teilweise dem System des deutschen Aktienrechtes zu folgen. Daher kam es auch bei den ausgegründeten, also neuen Aktiengesellschaften im allgemeinen zu externen Gründungsprüfungen.

Gerade bei einem solchen Eingriff konnte sich die besondere Bedeutung der externen Gründungsprüfung zeigen. Die betroffenen Kreise, Aktionäre und Gläubiger, die teilweise selbst durch die Entflechtung in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt waren, konnten auf die Vorgänge bei den Ausgründungen und auch in der ersten Zeit danach in keiner Weise einwirken. So wurde der externe Gründungsprüfer, dessen aktienrechtliche Funktionen grundsätzlich nicht angetastet wurden, zum alleinigen und damit wichtigsten Wahrer der Interessen der Aktionäre und Gläubiger.

Inwieweit man bemüht war, die Bestimmungen des deutschen Aktiengesetzes zur Anwendung zu bringen, soll an Hand einiger Beispiele gezeigt werden.

a) Kohlenbergbau sowie Eisen- und Stahlindustrie

Die zunächst im Zuge der Entflechtung gegründeten 100.000, -- Mk-Betriebsführungs-AG's "sind auf Grund von Anordnungen der NGISC 1) durch die Treuhandverwaltungen nach deutschem Aktienrecht gegründet worden" 2). Es hat dabei bereits eine externe Gründungsprüfung stattgefunden 3). Die Betriebsführungsgesellschaften waren als Übergangslösung gedacht.

Ihnen folgte in zwei Phasen die Bildung von endgültigen "Einheitsgesellschaften" 4)

- 1) North German Iron and Steel Control
- 2) Die Neuordnung der Eisen- und Stahlindustrie im Gebiet der Bundesrepublik Deutschlands. Ein Bericht der Stahltreuhänder Vereinigung, 1954, (nachfolgend zitiert mit "Neuordnung a. a. O.") Seite 64
- 3) so laut mir vorliegendem Gründungsprüfungsbericht der Kontinentalen Treuhandgesellschaft m. b. H. über die Prüfung der Gründung der Stahlwerke Bochum Aktiengesellschaft vom 11. Februar 1947 (Bochum HRB 9 91)
- 4) Neuordnung a. a. O., Seite 99: "Über das Verfahren zur Bildung der Einheitsgesellschaften war im Art. 3, Abs. 1 Gesetz 27 nur für die Kohle-Einheitsgesellschaften bestimmt, dass sie "nach deutschem Recht" zu gründen seien. Eine gleiche Vorschrift fehlte für die Stahl-Einheitsgesellschaften. Es bestand jedoch allgemeines Einverständnis darüber, dass auch hier grundsätzlich nach deutschem Recht verfahren werden sollte".

Soweit dies unter Verwendung der Betriebsführungsgesellschaften geschah, kamen, da diese "seit mehr als zwei Jahren im Handelsregister eingetragen waren, ... die Bestimmungen über die Nachgründung hier nicht zur Anwendung" 1). Anders dagegen bei der Neugründung. Hier wurden "die Gründungsvorgänge ... von dem gerichtlich bestellten Prüfer geprüft" 2).

Die erste Phase umfasste die Übertragung der Aktiven und Passiven ausser dem Anlagevermögen. Das wurde in der zweiten Phase übertragen. Insoweit "kamen ausserdem die Bestimmungen über die Nachgründung gemäss § 45 AktG zur Anwendung, weil diese neugegründeten Gesellschaften noch keine zwei Jahre bestanden. In den Fällen der Nachgründung war wesentlich, dass eine Prüfung durch gerichtlich bestellte Prüfer wie bei der Gründung stattfand" 3).

b) IG-Farbenindustrie-Aktiengesellschaft

Durch das Kontrollratsgesetz Nr. 9 vom 30. November 1945 war auch bei der IG-Farbenindustrie-AG das Endziel u.a. die Aufspaltung der Eigentumsrechte an den verbleibenden industriellen Anlagen und Vermögensbestandteilen (Art. 3c). Es gingen daher auch hier bald die Bestrebungen in ungefähr gleicher Richtung wie bei der Eisen- und Stahlindustrie. So "forderte FARDIP 4), insbesondere für die Ausgliederung der Nachfolgegesellschaften ..., dass sie auf der Grundlage des deutschen Rechts zu erfolgen habe, damit Zweifel an der Rechtsbeständigkeit nicht auftauchen könnten" 5). Die Forderungen sind dann auch weitgehend erfüllt worden. So erfolgte die Eintragung der Auflösung der IG und die Bestellung der Liquidatoren gemäss § 206 AktG. "Hiermit war die Möglichkeit gegeben, dass alle Entflechtungsmassnahmen ... in den Formen des deutschen Rechts durchgeführt werden konnten" 6).

Der erste Schritt der Entflechtung war auch hier die Bildung von Nachfolgegesellschaften im Wege der Bargründung (je DM 100.000, --). "Zweck dieser Gründungen war es, die Nachfolgegesellschaften auf eine vom Besatzungsrecht unabhängige

1) Neuordnung a. a. O., Seite 216

2) Neuordnung a. a. O., Seite 216

3) Neuordnung a. a. O., Seite 217

4) Bizonal I.G. Farben Dispersal Panel

5) Bericht über die Entflechtung und Liquidation vorgelegt aus Anlass der ordentlichen Generalversammlung am 27. Mai 1955 von der IG.-Farbenindustrie Aktiengesellschaft in Liquidation (nachfolgend zitiert IG-Entflechtungsbericht), Seite 19

6) IG-Entflechtungsbericht a. a. O., Seite 21

ge, rein deutsch-rechtliche Grundlage zu stellen" 1). Soweit hierbei Umstände vorlagen, die eine externe Gründungsprüfung erforderten, fand eine solche statt 2)

Dem folgten dann "auf Grund besonderer von den Alliierten erlassener Anordnungen und entsprechender in den normalen Formen des deutschen Rechts vorgenommener Massnahmen" 3) die qualifizierten Kapitalerhöhungen.

Unternehmen 4)	Gründung	Kapitalerhöhung	
		Datum	Betrag Mill. DM
BASF	30. 1. 1952	28. 3. 1953	340, 1
Bayer	19. 12. 1951	24. 3. 1953	387, 7
Hoechst	7. 12. 1951	27. 3. 1953	285, 7
Casella	6. 5. 1952	19. 12. 1952	34, 1

Nachdem die Unternehmensteile der IG. -Farbenindustrie A.G.i.L. innerhalb eines Zeitraumes von weniger als zwei Jahren nach der Gründung auf die Nachfolgesellschaften übertragen wurden, waren externe Nachgründungsprüfungen erforderlich. Sie erfolgten auch durch unabhängige Wirtschaftsprüfer 5).

c) Filmindustrie (Ufa-Konzern)

Die im Zuge der Entflechtung gegen Sacheinlagen und -übernahmen gegründete Universum-Film-AG, Berlin wurde extern von einem Gründungsprüfer geprüft 6). Rechtsgrundlagen hierfür bildete das Ufi-Gesetz. (BGBl. 1953, Teil I, Nr. 25, sowie Gesetz- und Verordnungsblatt Berlin Nr. 41, S. 531).

3. Probleme der Entflechtung bei der Gründungsprüfung

Im Rahmen der externen Gründungsprüfung kann der Prüfer nicht an gewissen Problemen der Entflechtung vorbeugehen. Die Prüfung baut sich zwar auf den Grundsätzen der externen Gründungsprüfung auf, sie ist aber dennoch umfassender. So-----

- 1) IG-Entflechtungsbericht a.a.O., Seite 28
- 2) z.B. Farbenfabriken Bayer Aktiengesellschaft, weil zwei Mitglieder des Aufsichtsrats zu den Gründern gehörten
- 3) IG-Entflechtungsbericht a.a.O., Seite 28
- 4) Zusammenge stellt nach dem IG-Entflechtungsbericht a.a.O., Seite 28 f
- 5) Schreiben der Farbenfabriken Bayer Aktiengesellschaft vom 2. Juli 1958
- 6) Bln HRB 90 43 eingetragen am 19. 7. 1956
Sacheinbringungen; DM 7.515.000, --
Gründungsprüfer; Wirtschaftsprüfer

weit die Entflechtung auf freiwilliger Basis erfolgte, bezieht sie sich besonders auf die Rechtsgültigkeit der vorangegangenen Beschlüsse der Aktionäre und die Verträge mit den Gläubigern und Kunden. Mit beiden werden die wesentlichsten Grundlagen für die neue Gesellschaft geschaffen. Der Prüfer hat dabei besonders darauf zu achten, dass nicht Rechte Dritter verletzt werden. Gewiss unterliegt auch bei einer normalen Gründungsprüfung dieser Fragenkomplex seiner Beachtung, wie noch gezeigt werden wird 1). Im vorliegenden Fall liegt aber darauf die besondere Betonung. Bei der Durchführung der angeordneten Entflechtung nach 1945 traten die Probleme deutlich hervor. Im Zuge der Entflechtung wurde nicht nur "das Interesse der Aktionäre und Gläubiger der Altgesellschaften" berührt, sondern "alle diese Massnahmen bildeten die entscheidenden Grundlagen für die Führung der neuen Gesellschaften" 2). Ein Zentralproblem war dabei die Bewertung. "Wie auf jedem Markt fordern die Partner auch hier je nach Interessenlage möglichst hohe oder möglichst niedere Bewertung... Die Organe... müssen versuchen, eine allen Interessen möglichst gerecht werdende Grundlage der Bewertung zu finden" 3). Der Gründungsprüfer kann sich diesen Fragen nicht entziehen. Die Prüfung weitet sich dabei zu einer Spezialprüfung aus, auf die der Gesamtkomplex der Entflechtung einwirkt. Es ist daher auch auf diesen zu verweisen.

VIII. DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG ALS SONDERPRÜFUNG

Den schutzwürdigen Interessen der von der Gründung und von gleichgelagerten Vorgängen, die in der darauffolgenden Zeit von zwei Jahren vor sich gehen, berührten Kreise, hat der Gesetzgeber entsprochen u. a., indem er die externe Gründungsprüfung für die genannten Geschehnisse einführt. Er hat aber durch die Einführung der Sonderprüfung (§§ 118 ff AktG) für die Aktionäre noch ein übriges getan. Schliesslich werden sie zuerst von Verlusten durch Gründungsswindel u. ä. betroffen. Sie können daher zur Nachprüfung dieser Vorgänge Sonderprüfer bestellen. Das Recht, eine Sonderprüfung zu verlangen, steht bereits einer Minderheit, deren Anteile den zehnten Teil des Grundkapitals ausmachen, zu. Sie kann die Prüfung durch Inanspruchnahme des Gerichtes unter Darlegung der besonderen Verdachtsgründe, die beigebracht werden müssen, durchsetzen.

In die Sonderprüfung können Vorgänge bei der Gründung und der Geschäftsführung (namentlich Massnahmen bei Kapiterhöhungen, Verschmelzungen, Umwandlun-

1) vgl. Seite 122 ff

2) Neuordnung a. a. O., Seite 213

3) KOHLSTRUCK, Joachim Friedrich, Die betriebswirtschaftliche Problematik bei der Entflechtung der industriellen Grossunternehmungen, 1952, Seite 60

gen u. a. m.) einbezogen werden. Die Prüfung unterscheidet sich aber in ihrer Prüfungsdurchführung in einigen Punkten von der externen Gründungsprüfung, nämlich:

1. Die Gründungs-sonderprüfung ist inhaltlich nicht so umfassend, wie die normale Gründungsprüfung. Es können nur bestimmte Vorgänge der Nachprüfung unterzogen werden und zwar vornehmlich solche von den ersten tatsächlichen Handlungen für die zu gründende Gesellschaft, aus denen rechtliche und gesetzliche Verpflichtungen erwachsen können, bis zu solchen Handlungen, die bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister vorgenommen worden sind. Aber auch jeweilige Vollzugshandlungen im Zusammenhang mit diesen Vorgängen gehören hierher (z. B. die Eigentumsübertragungen bei satzungsmässig festgelegten Sachübernahmen). Gerade derartige Vorgänge, die ja auch noch in den Gründungsbereich gehören, werden durch die eigentliche normale Gründungsprüfung nicht erfasst 1).
2. Die Sonderprüfung kann erst nach der Entstehung der Aktiengesellschaft beantragt werden, während die normale Gründungsprüfung, wenn sie vorgenommen werden muss, eine Station im Gründungsstadium der Aktiengesellschaft selbst sein muss.
3. Die Bestellung der Sonderprüfer und ihre Rechte sind etwas anders geregelt.

Im übrigen gleicht die externe Gründungs-sonderprüfung in der Untersuchung der einzelnen Vorgänge bei der Gründung und im methodischen Vorgehen hierbei unmittelbar der normalen Gründungsprüfung.

IX. DIE EXTERNE GRÜNDUNGSPRÜFUNG ALS SACHVERSTÄNDIGENAUFGABE

Neben den einzelnen dargestellten Formen, bei denen unmittelbar oder mittelbar eine externe Gründungsprüfung zum Zuge kommt, gibt es noch einen weiteren Fall, den man zwar nicht als eigentliche Gründungsprüfung bezeichnen kann, der ihr aber doch inhaltlich sehr nahe kommt und mitunter ihr auch vollständig gleicht. Es handelt sich dabei um die von dem Registerrichter veranlasste Tätigkeit von Sachverständigen bei der Gründung und bei gründungsgleichen Fällen.

Der Registerrichter kann (und muss dann) allgemein die Eintragung der Gründung oder der gründungsgleichen Vorgänge ablehnen, wenn es "offensichtlich" ist, dass entweder die dem Eintragungsantrag zugrunde liegenden Berichte unrichtig und unvollständig sind oder den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechen, oder dass

1) vgl. Seite 66 ff

die für eingelegte oder übernommene Gegenstände gewährten Leistungen unangemessen hoch sind. Der Registerrichter ist dabei von dem Ergebnis einer externen Gründungsprüfung, soweit überhaupt eine solche stattgefunden hat, nur abhängig, wenn sie ein negatives Ergebnis hatte.

Die Rechtsgrundlagen für die Eintragungsablehnung geben die folgenden Bestimmungen:

<u>Vorgang</u>	<u>§§ AktG</u>	<u>Prüfung des Registerrichters bei Anmeldung:</u>
Gründung	31, II, 1	der Gründung
Nachgründung	45, VI, 1	des Nachgründungsbeschlusses
qualifizierte Kapitalerhöhung		
normale	151, III	des Beschlusses
	155, IV	der Durchführung
bedingte	162, III	des Beschlusses
genehmigte	170, I mit	der Durchführung
	155, IV	

Für die Verschmelzung und Umwandlung ist das Nachprüfungs- und Ablehnungsrecht nicht eigens herausgestellt worden. Dennoch kommt es zum Zuge. Entweder unmittelbar auf Grund der auf die Gründung, Nachgründung und qualifizierte Kapitalerhöhung verweisenden Bestimmungen oder überhaupt auf Grund des allgemeinen Grundsatzes, dass der Registerrichter nicht durch Eintragung einer offenen Unterpariausgabe zur Verletzung des Gesetzes beitragen darf 1).

Das Recht und damit auch die Pflicht, die Eintragung abzulehnen, obliegt dem Richter nach herrschender Meinung 2) nur, wenn der Mangel "offensichtlich" erkennbar ist. Das "offensichtlich" ist dabei auf die objektiv voraussetzbaren Kenntnisse des Registerrichters zu beziehen. Seine Erkenntnismöglichkeit kann dabei nicht so weit gehen, wie z.B. die eines Bewertungsspezialisten 3). Daher wird

1) vgl. auch Seite 52 ff

2) W. GADOW in: Aktiengesetz, Kommentar (1939) § 151, Anm. 3; C. RITTER in Aktiengesetz (1939) erläutert von -, § 151, Anm. 4; SCHLEGELBERGER-QUASS. a.a.O., § 151, Anm. 3; v. GODIN-WILHELMI a.a.O., § 151, Anm. 3; A. BAUMBACH und A. HUECK, Aktiengesetz, Beck'sche Kurzkommentare (1954) (nachfolgend zitiert mit Baumb.-Hueck a.a.O.) § 151, Anm. 2

3) Daher hat die in der Begründung zum Aktiengesetz von 1937 (DRA vom 4.2.1937, 1. Beilage, S. 4) verwendete Formulierung, dass "der Registerrich-

das Ablehnungsrecht praktisch überall dort nicht zur Auswirkung kommen, wo eine besondere externe Prüfung stattgefunden hat. Nur wo diese nicht vorausging 1), ist das Recht des Registerrichters von Bedeutung. Hier ist er dann aber auch von Amts wegen verpflichtet - soweit bei seiner Nachprüfung Zweifel entstehen -, die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranlassen und Beweise zu erheben (§ 12 FGG). Er wird hierzu in der Regel geeignete Sachverständige heranziehen. Die an diese zu stellenden Anforderungen haben mindestens den im § 25, IV AktG für die Gründungsprüfer genannten zu entsprechen. Die Tätigkeit der Sachverständigen wird sich dabei meistens auf Teilfragen erstrecken, sie kann aber auch den gesamten eintragungspflichtigen Vorgang umfassen.

X. DIE ABSCHLIESSENDE GRÜNDUNGSPRÜFUNG ALS TEIL DER ABSCHLUSSPRÜFUNG

Eine genaue Betrachtung des zeitlichen Ablaufes der Gründungsvorgänge und der Stellung der externen Gründungsprüfung darin zeigt, dass nach abgeschlossener Gründungsprüfung bis zur Eintragung der Gesellschaft und auch noch später oftmals notwendigerweise Gründungsvorgänge anfallen, die gleichfalls von beachtlichem Interesse sind und deren externe Prüfung auch gesichert sein sollte.

Als ausgewählte Beispiele seien hierfür angeführt:

1. Die Einzahlung von mindestens 25 % des Grundkapitals und des eventuellen Mehrbetrags muss zwar vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Registergericht erfolgt sein (§ 28, II, 1 AktG), aber das Gesetz fordert nicht, dass dies schon bis zur Vornahme der Gründungsprüfung geschehen sein muss 2) (vgl. so § 26, I AktG). Die Einzahlung erfolgt, wie die Praxis zeigt, meist erst später.

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 65

ter bei übermässig hoch bewerteten Sacheinlagen berechtigt (ist), ... abzulehnen", gegenüber dem Gesetzestext, bei dem nicht auf "übermässig" abgestellt ist, praktisch keine grosse Bedeutung. Geringfügige Abweichungen wird er sowie so nicht feststellen können.

-
- 1) z.B. bei einer qualifizierten Kapitalerhöhung nach zwei Jahren seit der Eintragung der Gründung.
 - 2) Der Gründungsprüfer kann dann nur das Bestehen der Zahlungspflicht und die Zahlungsfähigkeit des Zeichners prüfen.

2. Bei satzungsmässig festgestellten Sacheinlagen bzw. Sachübernahmen können die dinglichen Erfüllungsgeschäfte lange Zeit nach der Gründungsprüfung ausgeführt werden 1).
3. Eine Eröffnungsbilanz kann für die Aktiengesellschaft juristisch gesehen grundsätzlich erst zum Zeitpunkt ihrer Entstehung aufgestellt werden (§ 39, I HGB und § 34, I AktG). In der Praxis geschieht dies dennoch meist früher 2), aber die Bilanz liegt so nicht regelmässig dem Gründungsprüfer vor. Sie bildet aber die Grundlage für alle weiteren Buchungen.
4. Die ohne satzungsmässige Festsetzung gemachten und daher gegen das Gesetz verstossenden Gründungsaufwendungen können erst nach ihrer Ausführung (also meist erst nach der Eintragung der Gesellschaft) festgestellt werden.

Die hier aufgeführten Beispiele zeigen, dass dem Gründungsprüfer so verschiedene bedeutsame Vorgänge entgehen. Es stellt sich nun die Frage, inwieweit der Abschlussprüfer sich mit diesen Gründungsvorgängen zu beschäftigen hat. Das Aktiengesetz enthält hierüber eine eigene Vorschrift nicht. Hier wird jedoch der Standpunkt vertreten, dass sich die abschliessende Gründungsprüfung aus dem der Bestimmung, dass der Jahresabschluss "unter Einbeziehung der Buchführung" zu prüfen ist (§ 135, I, 1 AktG), zugrundeliegenden Gedanken ergibt. Die geschilderten Beispiele schlagen sich nämlich alle in der Buchhaltung nieder und sind so primär vom ersten Abschlussprüfer in seiner Prüfung zu untersuchen. Auch nach der übereinstimmenden Berufsauffassung der Wirtschaftsprüfer sind bei der Erstprüfung die rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen zu besprechen und damit auch zu prüfen 3). So sagt auch Eich: "Es muss also zunächst die Grundlage klar gestellt werden, auf der sich die zu prüfende Bilanz aufbaut" 4). Daher hat auch bei wesentlichen Verstössen gegen die gesetzlichen Vorschriften in früheren Jahren "der Wirtschaftsprüfer, soweit er den Mangel kennt, die Verpflichtung, den Bestätigungsvermerk in gleicher Weise abzulehnen oder einzuschränken wie bei

1) In diesem Zusammenhang sei auch auf die vom Arbeitskreis Aktienrechtsreform im Institut der Wirtschaftsprüfer (S. 11) aufgeworfene Frage verwiesen, "ob nicht auch für Sacheinlagen eine Vorschrift geschaffen werden sollte, nach der innerhalb einer angemessenen Frist nach Eintragung der Gesellschaft Sacheinlageverpflichtungen zu erfüllen sind. Im Falle von Schwindelgründungen bestehen sonst unter Umständen nicht unerhebliche Gefahren".

2) vgl. Seite 123 ff

3) Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 1954, Seite 541 ff

4) EICH, W., Der Prüfungsbericht über den Jahresabschluss einer Aktiengesellschaft, 1944, Seite 15

einem Verstoss, der erst in dem zu prüfenden Geschäftsjahr vorgekommen ist" 1). Der Wirtschaftsprüfer hat demnach die Verpflichtung, seine Prüfung darauf auszu-
dehnen, ob solche alten, aber in der Bilanz noch wirksamen Verstösse vorliegen.

Gleiches gilt nun nicht nur für die Vorgänge bei der Gründung. Die Einbeziehung von durch den externen Prüfer noch nicht geprüften Ausführungshandlungen bei gründungsprüfungspflichtigen Nachgründungen, qualifizierten Kapitalerhöhungen, Verschmelzungen und Umwandlungen in seine eigene Prüfung obliegt dem Jahresabschlussprüfer gleichfalls. Das gilt ganz besonders für derartige Vorgänge, deren Beschluss und Durchführung nicht extern prüfungspflichtig waren, da sie erst zwei Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgten.

Eine der Hauptaufgaben des Jahresabschlussprüfers ist sowieso die Bewertungsprüfung. Es wird also hierdurch automatisch auch die angemessene Bewertung der späteren Sacheinbringungen geprüft. Wenn die Grundsätze ordnungsgemässer Buchführung es dabei verlangen, muss eine Sonderabschreibung gefordert werden. Die Verursachung hierzu hat der Prüfer dann in seinem Bericht zu schildern. So erhält der Aufsichtsrat unmittelbar Kenntnis, wenn er sie nicht sowieso schon vorher hatte. Der Aktionär und der aussenstehende Gläubiger erhalten von der Auswirkung erst durch die Jahresbilanz Kenntnis. In ihr werden sich die getroffenen Massnahmen in der Regel durch ein positives oder negatives Jahresergebnis niederschlagen. Den Aktionären steht dabei noch das Auskunftsrecht in der Hauptversammlung zur Verfügung und schliesslich auch das Recht - auch für eine Minderheit -, eine Sonderprüfung verlangen zu können. Ihr Interesse ist so auch ausreichend geschützt. Den Gläubigern wird dagegen in diesen Fällen zwar kein so weitgehender Einblick wie durch die Gründungsprüfung und die Einsichtsmöglichkeit beim Handelsregister gewährt (wenn sie nicht eine machtvolle Position besitzen - Bank, Grosslieferant), aber ihnen stehen die geprüften vorhergehenden Bilanzen zur Verfügung und auch die der Transaktion folgende Jahresbilanz. Ihnen sind so Unterlagen, aus denen einiges zu entnehmen ist, in die Hand gegeben, wie sie sie bei allen anderen Unternehmungsformen nicht erhalten. Die Forderung stets jede Nachgründung, qualifizierte Kapitalerhöhung usw. besonders prüfungspflichtig zu machen, verliert eben durch die regelmässig stattfindenden Jahresabschlussprüfungen mit ihrem Garantievermerk an überzeugendem Gewicht.

Es ist so festzustellen, dass der Abschlussprüfer Vorgänge, die nicht durch eine externe Gründungsprüfung erfasst worden sind, weil sie dort auch noch nicht erfasst werden konnten, wenn auch nicht unmittelbar auf Grund Gesetzes, so doch auf Grund berufsfüblicher Auffassung in seine Prüfung einzubeziehen hat. Seine Prüfung schliesst damit die Gründungsprüfung erst richtig ab und lässt keine Lücke mehr offen.

1) Die Fachgutachten und Stellungnahmen des Institutes der Wirtschaftsprüfer auf dem Gebiet der Rechnungslegung und Prüfung, 1956; Fachgutachten 5/1934

6. KAPITEL

Die zur externen Gründungsprüfung führenden Ursachen

I. ALLGEMEINE ABGRENZUNG DER PRÜFUNGSPLICHTIGEN VON DEN NICHT PRÜFUNGSPLICHTIGEN GRÜNDUNGEN

Nicht jede Gründung einer Aktiengesellschaft ist extern prüfungspflichtig. Es sind daher zunächst einmal die prüfungspflichtigen Gründungen von denen abzugrenzen, die nicht prüfungspflichtig sind.

Gründung mit	Vorstand und Aufsichtsrat sind	
	nicht befangen	befangen
Bareinlagen	frei	prüfungspflichtig
Sacheinbringungen	prüfungspflichtig	prüfungspflichtig
Bar- und Sacheinbringungen	prüfungspflichtig	prüfungspflichtig

Aus der Darstellung ist zu erkennen, dass die nicht prüfungspflichtigen Gründungen in der Minderheit sein werden und dass andererseits zwei Hauptkriterien vorhanden sind. Sind sie gegeben, führen sie zu einer externen Gründungsprüfung. Die Kriterien sind:

1. die Sacheinbringungen schlechthin. Sind sie gegeben, so ist das nächste Kriterium gar nicht erst weiter zu untersuchen. Eine besondere Prüfung hat auf alle Fälle stattzufinden.
2. die Befangenheit des Vorstandes und/oder des Aufsichtsrates gegenüber der neuen Gesellschaft durch gegebene bzw. vermutbare Vorteile im weitesten Sinne. Wann ein derartiger Vorteil vermutet wird, ergibt sich aus § 25, II, Ziff. 1-3 AktG. In den dort angeführten Fällen ist keine ausreichende Gewähr dafür gegeben, dass die von den genannten Organen durchzuführende Gründungsprüfung objektiv durchgeführt wird. Vielmehr ist eine Kollision ihrer eigenen Interessen mit denen der zu gründenden Gesellschaft und der mit dieser verbundenen Kreise zu befürchten.

II. DIE EINZELNEN ZUR EXTERNEN PRÜFUNG FÜHRENDEN, GESETZLICH FESTGELEGTE URSACHEN

1. Die Sacheinbringungen

Die Sacheinbringungen sind zu unterteilen in die Sacheinlagen und in die Sachübernahmen. Was unter ihnen zu verstehen ist, wird im § 20, I AktG näher umschrieben. Demnach sind:

- a) Sacheinlagen jede Einlage, die nicht durch Barzahlung zu leisten ist,
- b) Sachübernahmen die Übernahme vorhandener oder herzustellender Anlagen oder sonstiger Vermögensgegenstände.

Die externe Prüfungspflicht ergibt sich aus der Erwägung, dass einmal die Verhältnisse bei Sacheinbringungen besonders undurchsichtig sind. Vor allen Dingen schlägt sich aber in der Bestimmung die Wertung des Gesetzgebers nieder, der das Interesse der Gläubiger an der vollständigen Aufbringung des Grundkapitals höher bewertet als die Interessen der Gründer und Aktionäre. Das Sicherungsinteresse der Gläubiger greift also ein und zwar insoweit, als "es eine Verpflichtung zum objektiven Bewerten der eingebrachten Güter hervorruft" 1). Eine wirkliche Gewähr hierfür kann aber von dem Gesetzgeber, der sich des Gläubigerinteresses durch eine entsprechende Rechtsgestaltung annehmen will, vollständig nur durch unabhängige externe qualifizierte Prüfer geboten werden. Eine von diesen durchzuführende Prüfung ist daher auch vorgeschrieben. Sie bildet den umfassenden garantierten Abschluss der anderen Schutzvorschriften, wie sie in dem Erfordernis entsprechender Satzungsangaben, dem Gründungsbericht und der Gründungsprüfung durch den Vorstand und den Aufsichtsrat bestehen.

2. Die gesetzlichen Vermutungen der Befangenheit

- a) Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder gehören zu den Gründern

Die Bestimmung (§ 25, II, Ziff. 1 AktG) erklärt sich aus den massgeblichen Macht- und Interessenzusammenhängen. Nachdem der Vorstand und der Aufsichtsrat bei einer Bargründung grundsätzlich in eigener Verantwortung - also ohne zusätzliche externe Gründungsprüfung - die Gründungsvorgänge prüfen können, musste der Gesetzgeber für den Fall, dass beide Organe zum Teil oder vollzählig zu den Gründern gehören, dafür Sorge tragen, dass auf Grund der in diesem Falle wirksam werdenden Interessengleichheit doch noch zusätzlich extern geprüft wird. Es kann nämlich grundsätzlich nicht angenommen werden, dass die Organe ihre eigenen Gründungshandlungen als Gründungsprüfer entgegengesetzt beurteilen würden. Auch wenn Mitglieder der genannten Organe als vertretungsberechtigte Gesellschafter oder als gesetzliche 2) oder auch rechtsgeschäftliche 3) Vertre-

1) MÜLLER-ERZBACH, "Mitgliedschaft" a. a. O., Seite 123

2) So alle übereinstimmend:

SCHLEGELBERGER-Quass., a. a. O., § 25, Anm. 3; v. GODIN-WILHELMI, a. a. O., § 25, Anm. 2; R. TEICHMANN und W. KOEHLER, Aktiengesetz, Kommentar (1950) (nachfolgend zitiert mit Teichm.-Koehler a. a. O.) § 25,

ter für die Gründer tätig gewesen sind, handelt es sich um die gleichen Personen. Die Folge ist daher die gleiche, wie wenn sie selber die Gründer gewesen wären. Eine externe Prüfung ist demnach auch hier erforderlich.

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 70

Anm. 2 a; BAUMB.-HUECK, a.a.O. § 25, Anm. 2; R. FISCHER im Aktiengesetz, Grosskommentar (1957) § 25, Anm. 4,

auch BÖHME, a.a.O., Seite 9, HEUVEMANN, a.a.O., Seite 7

auch Rechtsprechung bereits schon KG 3.9.1889 (ZHR 1892, Seite 471, Nr. 92), sowie KG (KGJ 41/125), es handelt sich hier um "besondere Vorschriften, die für den Fall einer Personenidentität ... erlassen sind" (OLG 24/172 Vorinstanz und OLG 27/34 [KG] behandeln den gleichen Fall).

Hierzu ist zu bemerken, dass in der Praxis immer noch Fälle anzutreffen sind, bei denen, obwohl Vorstand oder Aufsichtsrat der neuen Gesellschaft auch gesetzliche Vertreter der Gründer sind, keine externe Gründungsprüfung stattgefunden hat.

Beispiele

<u>Hbg HRB 59 38</u>	Gesetzlicher Vertreter der Gründer wurden erster Aufsichtsrat der neuen Gesellschaft
<u>Hbg HRB 65 58</u>	wie vor
<u>Hbg HRB 71 44</u>	Gesetzliche Vertreter der Gründer wurden erster Vorstand der neuen Gesellschaft
<u>Hbg HRB 77 63</u>	Gesetzlicher Vertreter einer Gründerin wurde erster Vorstand der neuen Gesellschaft

In Berlin wurde in diesen Fällen stets eine externe Gründungsprüfung durchgeführt.

Fussnote 3), Seite 70

zustimmend nur: SCHLEGELBERGER-QUASS.: a.a.O., § 25, Anm. 3

RGZ 154/283 (c): schneidet zwar das Problem an, entscheidet es aber nicht. Es verweist aber auf die Feststellung des OLG, das die Notwendigkeit einer Gründungsprüfung für äusserst zweifelhaft ansieht.

Doch wenn derrechtsgeschäftliche Vertreter der Gründer (ob möglich: unterschiedliche Ansichten vgl. RGZ 154/282) sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Handlungen vorgenommen hat, liegt ja auch eine "Identität" vor, die dann zur externen Prüfung führen muss.

Aber auch für den Fall, dass keine Personengleichheit bestand, aber die Verbindung eine so enge ist, dass gleichwohl eine Interessenkollision zu befürchten ist, hat eine besondere Prüfung stattzufinden. Ein derartiger Fall ist gegeben, wenn der gesetzlich oder rechtsgeschäftlich vertretene Gründer Vorstand oder Aufsichtsrat der neuen Gesellschaft ist. Es gehört aber bei einer genauen Abwägung der Verhältnisse hierher auch der Fall, dass bei einer juristischen Person der eine allein vertretungsberechtigte Vorstand für diese als Gründer auftritt und ein anderer Vorstand der gleichen juristischen Person (oder Vertreter der Personenvereinigung) Vorstand oder Aufsichtsrat der zu gründenden Gesellschaft wird. Der letztere Vorstand könnte kraft eigener Stellung ja auch als gesetzlicher Vertreter bei der Gründung auftreten. Sein ganzes Interesse hat in zu vermutender Weise von vornherein den gleichen Inhalt, wie das seines Vorstandskollegen, der als gesetzlicher Vertreter bei der Gründung auftritt. Wenn man auf die rechtsgestaltenden Grundlagen der Gesetzesvorschrift zurückgeht, ergibt sich auch hier die Notwendigkeit einer besonderen Prüfung ohne weiteres.

Keine Prüfungspflicht besteht jedoch, wenn der Aufsichtsrat der neuen Gesellschaft dem Aufsichtsrat der juristischen Person angehört, die die neue Gesellschaft gründet, obwohl satzungsmässig oftmals die Zustimmung des Aufsichtsrates zu solch einer Gründung erforderlich ist (vgl. § 95, V, 2 AktG) und er somit auf die Gründung einwirken kann. Insofern kann er also auch bis zu einem gewissen Masse befangen sein. Gleiches gilt auch für Angestellte (ausser Vorstand) der mitgründenden Gesellschaft. Beide Fälle kommen in der Praxis häufig vor. Diese Personen kann man aber, wenn sie handeln, neben den Gründern persönlich haftbar machen. Die Haftungsbasis wird auf jeden Fall erweitert. Der wichtigste Grund für eine externe Gründungsprüfung, nämlich dass eine Person durch Ausübung von zwei Funktionen im Gründungsstadium der Gesellschaft die aus Schutzgründen möglichst von zwei verschiedenen Personen vorzunehmenden Gewährleistungshandlungen ausübt, trifft hier nicht zu.

b) Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder haben für ihre Rechnung Aktien übernehmen lassen

Für den Fall, dass bei der Gründung für Rechnung eines Mitgliedes des Vorstandes oder des Aufsichtsrats Aktien übernommen worden sind, ist auch eine externe Gründungsprüfung vorgeschrieben (§ 25, II, Ziff. 2 AktG). Hinsichtlich der Macht- und Interessengestaltung unterscheidet sich der Fall dabei nicht von dem vorher untersuchten, bei dem die Organe offen als Gründer auftraten. Vielmehr ergibt sich die Vorschrift hier auf Grund des logisch zu Ende verfolgten, dort aufgegriffenen Gedankens. Die Verbindung zwischen den Organen und den Gründern ist hier gleich eng und eine Interessenkollision zu befürchten. Ziel der Vorschrift ist also, die Möglichkeit der Umgehung einer externen Gründungsprüfung mit Hilfe von Strohmännern zu verhindern.

Der Aktiengesetzgeber von 1937 hat generell versucht, die Aktientübernahme für fremde Rechnung einzuschränken, indem er entweder die Offenlegung dieses Verhältnisses vorschreibt (vgl. § 24, III AktG) oder aber die Handelnden nicht nur im Falle der Aktienübernahme für Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrates (§ 24, III AktG) sondern auch bei einer Übernahme für Rechnung der Gesellschaft oder eines abhängigen Unternehmens (§ 51 AktG) voll zur selbständigen Verantwortung und Haftung heranzieht. Die Strohmänner bleiben daher selbst weiter Gründer (§ 21 AktG) oder auch Aktienzeichner (§ 30, II, AktG). Sie treten im eigenen Namen auf, aber - allerdings in nicht nach aussen hin erkennbarer Weise - für Rechnung anderer.

Ob in der Praxis damit - an dieser Stelle jedenfalls - das Strohmännerunwesen ausgeschaltet werden kann, ist sehr fraglich. Besonders wird es auch für einen Prüfer, soweit er die Prüfung aus einer anderen Verursachung heraus vorzunehmen hat, nicht leicht sein, derartige Verhältnisse, die meist mündlich begründet sein dürften, festzustellen. Eine gewisse Rückdämmung ist aber wohl mit der Haftungsbestimmung des § 39, V AktG erreicht worden. Hierdurch wurde nämlich das Risiko für die Hintermänner beachtlich erhöht.

c) Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder haben sich einen Sondervorteil oder einen Gründerlohn ausbedungen

Eine weitere gesetzliche Vermutung für eine Kollision der Interessen des Vorstandes und des Aufsichtsrats mit denen der entstehenden Gesellschaft und vor allem mit dem Sicherungsinteresse der Gläubiger ist für den Fall gegeben, dass Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder sich einen besonderen Vorteil (Sondervorteil) oder für die Gründung oder ihre Vorbereitung eine Entschädigung oder Belohnung (Gründerlohn) ausbedungen haben. Auch kann hierdurch eine Gleichrichtung der Interessen mit denen der Gründer, deren Gründung sie ja prüfen sollen, vorliegen. Die Organe können nämlich durch den Sondervorteil oder den Gründerlohn an die Interessen der Gründer gebunden worden sein. Andererseits schien es nicht geboten, den Sondervorteil oder den Gründerlohn gesetzlich zu verbieten, da auch die Gründung eines Unternehmens eine Leistung, also "Herstellung des versprochenen Werkes" (§ 631, I BGB) sein kann, die zur Entrichtung einer Vergütung verpflichtet. Allerdings konnte in allen in der Praxis untersuchten Fällen weder die Gewährung eines Gründerlohnes noch eines Sondervorteiles festgestellt werden. Die Durchführung einer "Aktiengesellschaftsgründung" als Selbstzweck ist auch heute ganz in den Hintergrund getreten. Andererseits ist es auch so, dass der neu bestellte Vorstand die "Gründungsarbeiten" mit übernimmt im Hinblick auf seine spätere Vorstandstätigkeit und -vergütung und der Aufsichtsrat mit Aussicht auf eine spätere günstige Tantieme.

Die Unterscheidung zwischen Sondervorteil und Gründerlohn interessiert hier weniger nicht, da in beiden Fällen eine externe Prüfung stattzufinden hat. Nur der besondere Vorteil ist zu untersuchen hinsichtlich der Frage, ob ihm ein einfacher Vorteil gegenübersteht, der, ist nur er gegeben, nicht zu einer externen Gründungsprüfung führt. Rechtslehre und Rechtsprechung haben zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen. Hier wird der Standpunkt vertreten, dass unter dem einfachen Vorteil mehr das allgemeine Beteiligungsmotiv gesehen werden sollte. Zu der Beteiligung an den Gründungshandlungen reicht man gewöhnlich nur die Hand, wenn man sich gegenüber anderen Tätigkeiten einen allgemeinen Vorteil verspricht. Doch dieser Vorteil, der sich auch nicht in den Abmachungen mit den Beteiligten niedergeschlagen hat, soll noch nicht zur besonderen Prüfung führen, denn dann müssten schlechthin alle Gründungen extern geprüft werden. Erst wenn sich solch ein Vorteil rechtlich konkretisiert, vertraglich also fixiert wird, ist er Ursache für die notwendige Prüfung. Dann hat aber auch der kleinste konkretisierte Vorteil zur externen Gründungsprüfung zu führen.

Durch das Zurückgehen auf die kausalen Grundlagen der Bestimmung wurde erkannt, dass bei Vorliegen eines Sondervorteiles und Gründerlohnes eine Beeinflussung der Organe möglich ist, so dass ihre Schutzfunktion - vor allen Dingen auch für das Sicherungsinteresse der Gläubiger - nicht mehr voll garantiert ist. Es spielt dabei keine Rolle, ob sie nun sich die Vergünstigungen selber "ausbedingen" haben oder ob sie ihnen aus freien Stücken "gewährt" worden sind. Gerade wenn sie ihnen freiwillig gewährt werden, liegt der Verdacht einer viel stärkeren Beeinflussung vor. Geht man dagegen jedoch nur begriffsjuristisch unter Anwendung rechtsetymologischer Grundsätze 1) vor, so kommt man nämlich zu

1) Deutsches Rechtswörterbuch (1914 - 1932)

ausbedingen = vorbehalten (Ausbeding auch gleich Bedingung)

aus dem Rechtswörterbuch angeführten Beispielen geht die Notwendigkeit einer aktiven Handlung hervor.

Deutsches Wörterbuch v. den Gebrüdern Grimm (1854)

ausbedingen = aushalten, vorbehalten

ausdingen = aushalten, ausmachen

zitieren u. a. Wieland: in dem er ihm das recht ausbedung, das land unangefochten zu verlassen

Trübners Deutsches Wörterbuch (1939)

bedingen =

heisst als Ausdruck der Rechtssprache ursprünglich (gerichtlich) "verhandeln" und hat sich in ihr von dieser Grundlage aus zu "vereinbaren" und indem die Vorstellung "verhandeln" zurücktritt, zu "(sich) vorbehalten" weiterentwickelt.

einem anderen Ergebnis. Danach wäre eine externe Gründungsprüfung nur notwendig, wenn sich die Organe den Sondervorteil oder Gründerlohn ausbedungen, also gefordert haben, nicht dagegen, wenn er ihnen gewährt wird und sie ihn nur passiv annehmen. Dabei haben gerade die Organe, wenn sie eine derartige Vergünstigung fordern, ganz offensichtlich eine stärkere Stellung gegenüber den Gründern (sonst könnten sie sich eine solche Forderung nicht leisten), als in dem Fall, in dem ihnen die Gründer die Vergünstigungen aufdrängen. Bleibt man aber bei der etymologischen Auslegung, so verstösst man eindeutig gegen die typische Interessen- und Machtgestaltung, die der Schaffung der Bestimmung zugrunde gelegen hat. Um jedoch für die Zukunft auch begrifflich die Bestimmung einwandfrei zu fassen, sollten die beiden Worte "ausbedungen hat" in "erhalten" geändert werden.

III. KRITIK AN DEN GESETZLICHEN URSACHEN UND REFORMVORSCHLÄGE.

Die einzelnen Ursachen, die zur besonderen Gründungsprüfung führen, sind nun untersucht worden. Es wurde dabei festgestellt, dass der überwiegende Teil der Gründungen prüfungspflichtig ist. Es erhebt sich nun zunächst die Frage, ob man nicht sämtliche Gründungen einer besonderen Gründungsprüfung unterwerfen sollte. Die verschiedentlich gegebenen Abgrenzungsschwierigkeiten, ob nun eine Ursache gegeben ist, die zu einer besonderen Prüfung zu führen hat oder nicht, würden dann wegfallen.

Vor allem hat die genaue Untersuchung von Gründungsfällen in der Praxis ergeben, dass ein Teil der ohne externe Gründungsprüfung eingetragenen Aktiengesellschaften eigentlich prüfungspflichtig gewesen wäre 1). Ein weiterer Teil der ohne Prüfung eingetragenen Gesellschaften wäre dem der Bestimmung des § 25, II, Ziff. 1 - 3 AktG zugrundeliegenden Gedanken nach an sich auch zu prüfen, obwohl sich auf Grund der geschickten Gruppierung der an der Gründung Beteiligten nach for-

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 74

kelt. ... also auch aus rechtlicher Abmachung zu rechtlicher Voraussetzung.

Deutsches Wörterbuch v. Lutz Mackensen (1955)

ausbedingen = verlangen

sich etwas ausbedingen = fordern

also gerade hier von besonderem Interesse

1) vgl. Beispiele Seite 71

maljuristischen Gesichtspunkten keine derartige Prüfungspflicht herleiten lässt 1). Zahlreich sind ferner die Fälle, in denen nahe Verwandte, wie Frauen, Geschwister, volljährige Kinder u. a. m. zur Gründung ihre Hand gereicht haben 2). Auch hier ist eine gleich weite Befangenheit gegeben, wie in den unter Ziffer 1 - 2 (§ 25, I AktG) angeführten Fällen. Insbesondere ist die wichtige verantwortliche Haftung nach §§ 39 - 41 AktG meist illusorisch. Bei diesem Personenkreis wird nur selten eine eigene Vermögensbasis vorhanden sein. Dennoch schreibt der Gesetzgeber keine externe Gründungsprüfung vor. Aber auch bei den nun noch übrig bleibenden Gründungen ist fast immer die gegenseitige gesellschaftliche und wirtschaftliche Abhängigkeit so gross, dass mit einer objektiven Prüfung nicht unbedingt gerechnet werden kann. Hieraus wäre zu folgern, dass zweckmässigerweise eine Gründungsprüfung generell vorgeschrieben werden sollte, wie das auch teilweise gefordert wird 3).

Dennoch wird hier diese Ansicht nicht vertreten. Vielmehr wird einem Abbau der externen Gründungsprüfung das Wort gesprochen. Man muss die Prüfung von ihrer geschichtlichen Entstehung her betrachten. Die Gründungsprüfung war bei ihrer Einführung die einzige gesetzlich vorgeschriebene externe Pflichtprüfung. Vor allen Dingen wurde damals das Gründen vielfach als Selbstzweck aufgefasst. Gründungsmotive also, die heute gänzlich in den Hintergrund getreten sind. Heute tritt dagegen die neu gegründete Aktiengesellschaft in ein Feld weitgehender Publizität hinein, sie unterliegt laufenden Pflichtprüfungen. Es erscheint daher nicht notwendig, die Ursachen, die zur Gründungsprüfung führen sollen, in dem bisherigen Umfang beizubehalten. Wichtig ist nur, dass die Angemessenheit der Sacheinlagen und Sachübernahmen noch weiter schon vor der Eintragung geprüft werden.

1) Bln. HRB 93 66

eingetragen am 22. 11. 1957

Grundkapital: DM 4.000.000, --

keine externe Gründungsprüfung

Hauptgründer/Aktionär rief in der Hauptversammlung vom 10. 12. 1957 den Aufsichtsrat teilweise ab und liess sich selber in den Aufsichtsrat wählen.

2) Bln. HRB 91 57

eingetragen am 1. 12. 1956

Grundkapital: DM 350.000, --

keine externe Gründungsprüfung

Die Ehefrau des Vorstands tritt als Mitgründerin auf.

- 3) FISCHER, R., Die Gründungsrevision sowie die fortlaufende Revision bei Aktien- und Gesellschaften mbH. de lege lata et ferenda, in Gruchot, 64. Jahrg., Seite 665; MÜLLER-ERZBACH, Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage, Seite 263; VOSS, W., Die obligatorische Revision im Rahmen der Reform des Aktienrechts (1927), Seite 18; ZAHN, G., Zur Frage der Gründungsrevision (1929), Seite 357 ff.

Hier hat das Sicherungsinteresse der Gläubiger voll zum Zuge zu kommen.

Nach dem gegenwärtigen Recht kann auch nur die Erklärung einer Nichtangemessenheit der Sacheinbringungen durch die Prüfer zur Nichteintragung der Gesellschaft führen. In den anderen Verursachungsfällen (Sondervorteil und Gründerlohn) hat selbst eine Prüfererklärung, dass die Sondervorteile und Gründungsaufwendungen unangemessen hoch sind, - jedenfalls formaljuristisch - nicht die Ablehnung des Eintragungsantrages zur Folge. Der Prüfer hat also insoweit sowieso keine unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit. Sind überdies die hierfür geforderten Angaben nicht vollständig oder richtig in der Satzung angegeben, so sind sie der Gesellschaft gegenüber unwirksam (§ 19, III, 1 AktG). Die trotzdem vorgenommenen Ausführungshandlungen stellen einen Verstoss gegen das Gesetz dar. Die Ausführungen, wie überhaupt die Fälle, in denen eben ein Verschweigen wichtiger Tatsachen nicht zur Vollständigkeit und Richtigkeit geführt hat, können sowieso nur erst vom ersten Abschlussprüfer festgestellt werden. Die gesetzlich unzulässigen Handlungen schlagen sich in der Buchhaltung nieder. Der Abschlussprüfer, der sie feststellt, hat dann die notwendigen Folgerungen zu ziehen.

Schliesslich kann in den Bargründungsfällen eine Befangenheit des Vorstandes und des Aufsichtsrats (§ 25, II, Ziff. 1-3 AktG) sich nur wenig auswirken. Die Einwirkung auf fremde Interessen, die schutzbedürftig sind, ist nur schwer konstruierbar. Auch das Strohmännertum wird der Gesetzgeber kaum in allen Fällen zur Aufdeckung zwingen können, wie sich letztlich immer wieder Umgehungsmöglichkeiten bieten werden, wie auch an Hand der Beispiele gezeigt wurde.

Man kommt so zu dem Ergebnis, dass die Ursachen, die es zur externen Gründungsprüfung kommen lassen, bis auf eine, nämlich die der Sacheinbringungen (Sacheinlagen, Sachübernahmen) im Hinblick auf die anderweitigen ausreichenden Sicherungen abgebaut werden können.

Eine weitere, mehr rechtspolitische Frage, ist es, ob man nicht Gründungen bis zu einer gewissen Grösse von der besonderen Gründungsprüfung befreien kann. Sicher würde eine derartige Bestimmung mit anregend wirken, mehr die Rechtsform der Aktiengesellschaft wieder zu wählen. Allein, folgt man dem Vorschlag, nur noch die Sacheinbringungen als Verursachungsmoment für eine externe Prüfung anzuerkennen, so muss gesagt werden, dass gerade diese Prüfung für die zukünftige Gestaltung der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft und auch für die Gläubiger so wichtig ist, dass jedenfalls für die Gründung nicht von einer externen Prüfung Abstand genommen werden kann.

7. KAPITEL

Die Bestellung, sowie die Auswahl der Gründungsprüfer
und die vorzeitige Beendigung der Prüfung

I. DIE BESTELLUNG DER GRÜNDUNGSPRÜFER

Die Gründungsprüfer bestellt das Gericht nach Anhörung der amtlichen Vertretung des Handelsstandes (§ 25, III AKtG). Durch die Übertragung der Bestellung auf das Gericht soll eine objektive Auswahl für die Gründungsprüfung stattfinden.

In Österreich ist das übernommene deutsche Aktienrecht noch weiter entwickelt worden, indem im Rahmen der vorgesehenen Änderungen auch die Konsultierungen der "Amtlichen Vertretung des Handelsstandes" ausgelassen werden soll, "weil diese entbehrlich schienen und die Neugründung von Aktiengesellschaften nur unnötig verzögerten und erschwerten" 1).

Zuständig ist das Amtsgericht als Registergericht des vorgesehenen Sitzes der Gesellschaft (§ 14 AktG und auch § 145, II FGG). Die Bestellung erfolgt auf Antrag, denn nur hierdurch erhält das Registergericht die offizielle Kenntnis von der in Gründung begriffenen Gesellschaft. Wurde der Antrag versäumt und fehlt daher der erforderliche Gründungsprüfungsbericht bei der Anmeldung, so kann die Eintragung eben noch nicht erfolgen. Das Registergericht hat dann auf eine entsprechende Antragstellung hinzuwirken.

Ein Zeitpunkt, von dem ab der Antrag gestellt werden kann, ist nicht bestimmt. Das ist auch nicht notwendig. Wird ein Antrag auf Bestellung eines Gründungsprüfers gestellt und sind bis zur Beendigung der Prüfung die prüfungspflichtigen Vorgänge noch nicht durchgeführt, so kann die Prüfung noch nicht abgeschlossen werden. Sie wird dann bis zur erforderlichen Durchführung unterbrochen 2). Hierbei muss man auch die praktische Seite berücksichtigen. Es wird stets einige Zeit vergehen von der Antragstellung bis zu dem Zeitpunkt, an dem der Prüfer auf Grund seiner eigenen Termine seine Tätigkeit aufnehmen kann. Bis wann der Antrag gestellt sein muss, ist gleichfalls nicht geregelt. Es konnte in der Praxis ein Fall festgestellt werden, bei dem die Antragsteller unmittelbar einen Wirtschafts-

1) v. GRANICHSTAEDTEN-CZERBA, R., Die Änderungen des Deutschen Aktiengesetzes in Österreich in: Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, 3. Jahrg., Seite 1

2) Anderer Meinung: HEUVEMANN, E., Die Revision bei der Gründung von Aktiengesellschaften nach deutschem Handelsrecht (1929), S. 11; BÖHME, P., -Gg. Die besondere Revision bei der Gründung von Aktiengesellschaften nach dem HGB für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897, (1912) S. 14: Antragstellung erst nach Beendigung des Gründungsaktes.

prüfer mit der Gründungsprüfung beauftragten und den Antrag beim Registergericht erst später nachholten 1).

Wer den Antrag auf Bestellung der Gründungsprüfer zu stellen hat oder stellen darf, ist gesetzlich nicht bestimmt. Die Antragsberechtigung ist daher aus den massgeblichen Verhältnissen bei der Gründung abzuleiten. Sie ergibt sich ohne weiteres im Zusammenhang mit der Frage, wer für eine ordnungsgemässe Durchführung der Gründung zu haften hat. Demnach tragen die Gründer, der Aufsichtsrat und der Vorstand eine erhöhte Verantwortlichkeit. Sie sind daher auch berechtigt, den Antrag bei dem Registergericht zu stellen. So wurde schon von der Berliner Handelskammer, die früher für die Bestellung zuständig war, bestimmt: "Antragsberechtigt sind die Gründer, der Vorstand und der Aufsichtsrat der neugegründeten Gesellschaft, sowie der Notar, welcher die Feststellung des Gesellschaftsvertrages beurkundet hat" 2) 3). Letzteres wohl im Hinblick auf § 129 FGG. Zum Teil wird auch eine - aus den dargelegten Gründen aber zu enge - Ansicht vertreten, nach der nur die Gründer ein Antragsrecht haben 4).

1) Bln HRB 84 75

eingetragen am 8.1.1955

Grundkapital: DM 3.000.000, --

Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Prüfer nahm die Tätigkeit auf und erstattete Bericht mit dem Hinweis, dass er noch nicht bestellt sei und die Bestellung noch nachgeholt werden müsse.

2) Richtlinien der Handelskammer von Berlin vom 14.8.1907, vgl. Böhme, a.a.O., Seite 41

3) Gleicher Meinung:

HEUVEMANN, a.a.O., Seite 10/11;

GOLDSCHMIT, FRIEDRICH, Die Aktiengesellschaft, Handelsgesetzbuch §§ 178-319 (1927), § 192, Anm. 7 allerdings wie folgt: "Auf Antrag des Vorstandes, nicht der Gründer";

BRODMANN, E., Aktienrecht, Kommentar (1928) § 192, Anm. 3 "... jeder Gründer ferner vor allem der Vorstand ...";

SATTLER, H., Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften. Nach der Praxis dargestellt (1893) "Gründer. In der Praxis wird der Antrag häufig von Vorstand oder Notar gestellt" (S. 25).

4) Anderer Meinung:

RITTER, C., Aktiengesetz, erläutert von -, 2. Aufl., § 25, Anm. 4 a;

BAUMB.-HUECK, a.a.O., § 25, Anm. 3 "der Vorstand hat kein Antragsrecht";

FISCHER im Aktiengesetz, Grosskommentar (1957) § 25, Anm. 5;

unentschiedener: ROSENWALD, C., Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des HGB für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897. (1898), Seite 18; BÖHME, P.-Gg., a.a.O., S. 14,

II. DER PERSONENKREIS DER GRÜNDUNGSPRÜFER

Im Aktiengesetz ist im einzelnen geregelt, wer als Gründungsprüfer in der Regel bestellt werden kann (§ 25, IV und V AktG).

1. Grundsätzliches

Entsprechend der angeführten Bestimmung können bestellt werden entweder Einzelprüfer oder Prüfungsgesellschaften. Der bestellungsfähige Prüferkreis ist umfassender als der der Jahresabschlussprüfer. Während dort nur öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gewählt oder bestellt werden dürfen (§ 137, I AktG), können hier darüber hinaus auch andere Personen oder Prüfungsgesellschaften herangezogen werden. Regelmässige Voraussetzung ist nur, dass sie die entsprechende Qualifikation für die Aufgabe besitzen, nämlich ausreichende Buchführungsvorbildung und -erfahrung.

Gleiches gilt für den Nachgründungsprüfer (§ 45, III, 2 AktG) wie auch für den gerichtlich bestellten Sonderprüfer (§ 119 AktG). Dagegen werden an den Sonderprüfer, der von der Hauptversammlung unmittelbar bestellt wird, keine derartigen Anforderungen gestellt. Schliesslich besitzt hier die sich interessierende und bestellende Mehrheit genügend Einwirkungsmacht, einen ihr genehmen Prüfer zu bestellen. Das ist beim Gründungsprüfer und Minderheitssonderprüfer nicht der Fall. Hier soll daher durch die genannte Regelvoraussetzung den nicht mit einer Einwirkungsmöglichkeit ausgestatteten Kreisen Gewähr für eine fachmännische und objektive Prüfung geboten werden.

Von der Ermächtigung des § 47 AktG, die Befähigung zur Ausübung der Tätigkeit als Gründungsprüfer von besonderen Voraussetzungen (also qualitativer Art) abhängig zu machen, wozu der Reichs-(Bundes-)minister der Justiz im Einvernehmen mit dem Reichs-(Bundes-)wirtschaftsminister berechtigt war, ist bisher nicht Gebrauch gemacht worden. Die Ermächtigung gilt nicht für den Sonderprüfer. Auch die Ermächtigung (Art. II der 1. DVO zum AktG), abweichende Anordnungen über die Bestellung der Gründungsprüfer erlassen zu dürfen, wurde nicht in die Praxis umgesetzt.

Fortsetzung der Fussnote 4), Seite 79

SCHLEGELBERGER-QUASS., a. a. O., § 25, Anm. 4, sehen im Vorstand und Aufsichtsrat, wenn sie Antrag stellen, nur eine Vertretung für die Gründer.

Gerade aber, wenn man davon ausgeht, dass im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich Amtsbetrieb herrscht (§ 12 FGG), muss man die angeführten Personen für befugt und berechtigt halten, Meldung von der Gründung machen zu können, um hierdurch den Amtsbetrieb in Bewegung zu setzen.

2. Die Regelvoraussetzung: Buchführungsvorbildung und -erfahrung

Eine Umschreibung, wann eine Buchführungsvorbildung und -erfahrung gegeben ist, gibt der Gesetzgeber nicht. Er verlangt jedenfalls beides, das eine und das andere. Zunächst soll erst einmal festgestellt werden, wer auf jeden Fall die Voraussetzungen erfüllt.

Das sind einmal die von dem Gesetzgeber an anderer Stelle bereits genannten Wirtschaftsprüfer (§ 137, I AktG). Ferner gehören hierher Steuerberater, vereidigte Buchprüfer bzw. -revisoren, Helfer in Steuersachen, Buchhaltungsorganisatoren. Ob man eo ipso Rechtsanwälte und Notare zu dieser Personengruppe rechnen kann, erscheint fraglich. In ihre Ausbildung ist jedenfalls eine Buchführungsvorbildung nicht planmässig eingeschlossen. Haben sie aber dennoch eine solche Vorbildung und praktische Erfahrung, so sind sie ohne weiteres zugelassen. Aber darüber hinaus sind auch Personen zugelassen, die die Voraussetzungen auf Grund ihrer Tätigkeit - wie kaufmännische Vorstände, Prokuristen, Buchhalter u. ä. - nachweisen können. Eine abgeschlossene kaufmännische Lehre wird an keiner Stelle gefordert. So ist auch ein Autodidakt zugelassen, der aber noch eine entsprechende Erfahrung nachweisen müsste.

Während aber bei dem angeführten Personenkreis auf Grund ihres Amtes, Berufes und Position im Wirtschaftsleben ohne weiteres die Vermutung spricht, dass sie die Voraussetzung erfüllen, ist das bei anderen Personengruppen nicht der Fall. Diese müssen umgekehrt nachweisen, dass sie die Voraussetzungen erfüllen. Grundsatz muss dabei sein, dass sie ausreichend Gewähr dafür bieten, dass sie die ihnen übertragenen Schutzaufgaben voll erfüllen können. Da aber bis jetzt die zu bestellenden Gründungsprüfer nicht rechtswirksam vorgeschlagen werden können, die Auswahl vielmehr in das Ermessen des Registerrichters gestellt ist, wird dieser nur auf Personen zurückgreifen, bzw. vorgeschlagene akzeptieren, für die von Haus aus die Vermutung spricht, dass sie die Voraussetzungen erfüllen.

Im allgemeinen konnte in der Praxis beobachtet werden, dass die Antragsteller selber regelmässig bei der Antragstellung Gründungsprüfer vorschlugen, die auch, soweit sie eine entsprechende Qualifikation besaßen, von den Gerichten und der gehörten amtlichen Vertretung des Handelsstandes akzeptiert wurden ¹⁾. Die bestellenden Stellen hatten so in den seltensten Fällen selber Gründungsprüfer auszu-

1) Typisches Beispiel: Bln HRB 84 33, Schr. v. 12.10.1954:

"Als Vorstand der neu gegründeten Aktiengesellschaft bitte ich als Gründungsprüfer die Wirtschaftsprüfer ... zu bestellen".

auch in Hamburg: z.B. Hbg HRB 82 43, HRB 73 22, HRB 54 42 u. a.

wählen. Sie übten nur noch eine Kontrolle aus. Sattler 1) stellte dagegen seinerzeit fest, dass grundsätzlich nicht als Revisor zugelassen wurde, "wer von den Gründern dazu in Vorschlag gebracht wird". Als Grund gab er hierfür an, dass die vorgeschlagenen Personen meist schon vorher an den Gründungsvorbereitungen beratend teilgenommen hatten und somit befangen waren. Heute ist die praktische Handhabung, wie ausgeführt, gerade entgegengesetzt. Allerdings handelt es sich bei den vorgeschlagenen Personen heute fast ausschliesslich um öffentlich bestellte Wirtschaftsprüfer, die ihren berufsständischen Grundsätzen verpflichtet sind und somit die Gewähr für eine objektive Prüfungsdurchführung bieten. Für den Wirtschaftsprüfer als Gründungsprüfer dürfte das gleiche gelten wie für ihn als Abschlussprüfer. Bei ihm kann in der Regel eine Befangenheit nicht daraus hergeleitet werden, dass er die zu prüfende Gesellschaft wirtschaftlich, steuerlich oder organisatorisch berät oder beraten hat 2).

Auch Prüfungsgesellschaften sind für die Gründungsprüfung zugelassen (§ 25, IV, Ziff. 2 AktG). Dem Wortlaut des Gesetzes folgend, muss der satzungsmässige oder tatsächliche Zweck der Gesellschaft die Durchführung von Prüfungen sein. Insofern spricht schon ohne weiteres die Vermutung für die Gesellschaft, dass ihre Inhaber usf. die Voraussetzungen erfüllen. Der Hinweis auf die sachlichen Voraussetzungen hat mehr deklaratorischen Charakter. Das ergibt sich auch insofern, als der Firmenname bzw. Firmenzusatz "Prüfungsgesellschaft" nach den Grundsätzen der Firmenwahrheit geschützt ist. Eine derartige Firma darf nicht in das Handelsregister eingetragen werden, wenn nicht die Voraussetzungen erfüllt sind (§ 18, II HGB, vgl. auch § 4, I, 1 AktG). Auch dürfte die Bezeichnung bestimmten Berufen vorbehalten sein 3).

3. Die Regelausnahme

Der Gesetzgeber hat nur umschrieben, wer in der Regel als Gründungsprüfer bestellt werden soll. Er wollte - wie seine Formulierung ausdrücklich anzeigt - damit den Kreis nicht auf bestimmte Personengruppen begrenzen. Es können daher auch andere Personen herangezogen werden, soweit sie zur Beurteilung eines Spezialfalles besonders geeignet sind und vielleicht sogar benötigt werden. Das kann vor allen Dingen bei Sacheinlagen und Sachübernahmen der Fall sein. Bei den Gründungsprüfungen bis um 1930 war die Zuziehung von Branchenspezialisten

-
- 1) SATTLER, H., a.a.O., S. 27; so auch DOVE, H. (Berliner Handelskammer-Syndikus), Die Revision des Gründungsherganges bei Aktiengesellschaften, in Bankarchiv (1908, 7. Jahrg., S. 118)
 - 2) ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a.a.O., § 137, Tz. 21
 - 3) Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 1954, Seite 18 ff.

die Regel 1). Werden mehrere Prüfer bestellt, so ist es manchmal zweckmässig, technische Sachverständige oder mit dem Einbringungsgegenstand sonst Vertraute zu beauftragen. Sie müssen aber auch die für ihr Tätigkeitsgebiet notwendige Vorbildung und Erfahrung haben. Es wäre sonst nicht einzusehen, warum eine solche nur für Buchführungssachverständige verlangt wird, nicht jedoch auch für jene anderen Sachverständigen, da es sich hier um die gleiche Erfüllung einer Gewährleistungsfunktion für schutzwürdige Interessen handelt, wie dort.

In der gegenwärtigen Praxis ist jedoch zu beobachten, dass technische Sachverständige u. ä. Personen als Gründungsprüfer nicht mehr herangezogen worden sind. Sie geben vielmehr ausserhalb der Gründungsprüfung im Auftrag der Gründer, des Vorstandes und Aufsichtsrats ihre Gutachten und ihre Schätzungen ab oder werden von den Gründungsprüfern herangezogen. Insofern hat etwa vom Entstehen des Wirtschaftsprüferstandes an eine Verlagerung stattgefunden. Der technische Sachverständige unterliegt damit nicht mehr der erhöhten Verantwortlichkeit der Gründungsprüfer, was zu bedauern ist und nur auskompensiert werden kann, wenn wirklich hochqualifizierte Gründungsprüfer bestellt werden, die berufsmässig die Fähigkeit besitzen, derartige Taxen u. a. m. auf ihren wirtschaftlichen Gehalt zu prüfen.

4. Der auf Grund gesetzlicher Bestimmungen ausgeschlossene Personenkreis

a) Nach dem Aktienrecht

Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats sowie Angestellte der (zu gründenden) Gesellschaft dürfen nicht als Gründungsprüfer bestellt werden (§ 25, V, 1 AktG). Die Bestimmung ergibt sich an sich bereits aus § 25 AktG erster Absatz in Verbindung mit dem zweiten Absatz. Sonst wäre der zweite Absatz sinnlos. Neu hinzu kommt, dass auch Angestellte ausgeschlossen sind.

Ferner sollen Personen und Prüfungsgesellschaften von der Prüfung ausgeschlossen werden, auf deren Geschäftsführung

α) die Gründer oder

β) Personen, für deren Rechnung die Gründer Aktien übernommen haben (Stroh-männer) oder

γ) die in Gründung befindliche Gesellschaft

einen massgeblichen Einfluss haben (§ 25, V, 2. Halbsatz AktG). Würden die genannten Personen und Prüfungsgesellschaften als Prüfer zur Durchführung der Prü-

1) SATTLER, a. a. O., S. 28 ff.; ZAHN, a. a. O., S. 339 "ein Handelskammer-syndikus sowie ein Kaufmann, der ... der Branche der Neugründung angehörte ..."

fung berechtigt sein, so würden sie durch ihre Tätigkeit in einen Interessengegensatz geraten. Auf der einen Seite stehen die Personen oder Gesellschaften, die auf die Prüfungsdurchführung kraft der rechtlichen oder tatsächlichen Stellung in ihrem eigenen Sinne einwirken können, und auf der anderen Seite stehen die schutzwürdigen Interessen von Personengruppen, die zum Zeitpunkt der Gründung nicht in der Lage sind, Einfluss auszuüben. Sie sind auf einen Schutz durch objektive, unbefangene Prüfer angewiesen. Aus der Erkenntnis dieses Lebenszusammenhangs heraus ist die Bestimmung zu beurteilen und auszulegen.

So gibt der Absatz fünf (§ 25 AktG) "nur Beispiele dafür, welche Personen nicht zu bestellen sind" 1). Auch wenn die Gründer selbst nicht unmittelbar angeführt worden sind, ergibt sich doch ihre Bestellunfähigkeit ohne weiteres aus dem angeführten kausalen Gedanken. Auch der Veräußerer von Gegenständen, die die Gesellschaft übernehmen soll 2), sowie der Zeichner von Aktien bei der Stufen Gründung 3) gehört hierher. Gründungsprüfer, die mit den Gründern, Stroh Männern, dem Vorstand und Aufsichtsrat im ersten und zweiten Grad verwandt sind, sollten auf Grund des massgeblichen Einflusses gleichfalls nicht bestellt werden, wie das auch nach den Grundsätzen der Berufsordnung für die Wirtschaftsprüfer untersagt ist. Die dort angeführten Grundsätze zur Wahrung einer unabhängigen Prüfung wären zweckmässigerweise auch hier anzuwenden 4).

1) SCHLEGELBERGER-QUASS., a. a. O., § 25, Anm. 6

2) Hbg HRB 61 90 eingetragen am 17. 5. 1951
Grundkapital: DM 550. 000, --
Gründungsprüfer; Wirtschaftsprüfer

Aus dem der Satzung beigefügten Kaufvertrag ergibt sich, dass der Gründungsprüfer den für die Sachübernahme massgeblichen Kaufvertrag beim Verkäufer als Treuhänder gegengezeichnet hat.

3) SCHLEGELBERGER-QUASS., a. a. O., § 25, Anm. 6

anders dagegen RITTER, C., Aktiengesetz, erläutert von -, 2. Auflage, § 25, Anm. 6 b "Personen, die Aktien gezeichnet haben oder für deren Rechnung Gründer Aktien gezeichnet haben, dürfen bestellt werden".

4) Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 1954, Seite 24 ff

SCHNEIDER, A., Die rechtliche Stellung der Revisoren in der Aktiengesellschaft, Erlangen 1894, Seite 14, "verwandtschaftliche Verhältnisse haben vielfach einen pekuniären Hintergrund".

MUNK, Zur Kritik des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches in; Gruchot, 46. Jahrgang, Seite 741, forderte in seiner Kritik zum Entwurf eines HGB gleichfalls, dass von Personen, die "verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden" sind mit den angeführten Gründungsbeteiligten, bei der Bestellung Abstand zu nehmen ist. BÖHME, a. a. O., Seite 16, weist gleichfalls auf die

b) Nach sonstigen Rechtsgrundsätzen

Die Untersuchung, inwieweit nach sonstigen Rechtsgrundsätzen eine Bestellung unmöglich oder unzweckmässig ist, hat nur mehr eine juristisch-theoretische Bedeutung. In der Praxis hat das Problem kaum Gewicht, nur der Vollständigkeit halber sollen die Gesichtspunkte hier angeführt werden.

a) Eine geschäftsunfähige Person

kann rechtlich wirksam nicht bestellt werden (§ 104 BGB).

β) Eine beschränkt geschäftsfähige Person

(§ 106 BGB und § 114 BGB) ist grundsätzlich als Gründungsprüfer untauglich.

Böhme und Heuvenmann 1) bezeichnen die Gründungsprüfung und die Berichterstattung nur als tatsächliche Handlung und folgern daraus, dass man "die volle Geschäftsfähigkeit für die Fähigkeit zum Revisorenamt nicht fordern könne" 2). Aber sei nun die Gründungsprüfung auf Grund eines Vertrages oder eines Amtes durchzuführen, zur Annahme der Bestellung zum Gründungsprüfer ist auf jeden Fall eine Willenserklärung notwendig, mit der nicht nur ein rechtlicher Vorteil erlangt wird (§ 107 BGB). Es ist hier nur auf die erhöhte Haftung verwiesen, die mit der Tätigkeit verbunden ist. - Mit einer speziellen oder allgemeinen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters kann der beschränkt Geschäftsfähige dagegen Gründungsprüfer sein. Wie bereits ausgeführt, wird ein derartiger Fall in der Praxis nicht akut werden.

γ) Eine Person, der die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, kann zwar zum Gründungsprüfer bestellt werden, da die Tätigkeit als Prüfer auf jeden Fall kein öffentliches Amt im Sinne des Strafgesetzbuches (§ 34, Ziff. 3) nach herrschender Auffassung 3) darstellt. In der Praxis werden diese Personen sowieso nicht bestellt werden.

Werden trotz entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen Personen zu Gründungsprüfern bestellt, die befangen, unfähig oder untauglich sind, und führen sie die

Fortsetzung der Fussnote 4), Seite 84

aus "Verwandtschaft oder Schwägerschaft" drohenden Gefahren hin. FISCHER im Aktiengesetz, Grosskommentar (1957) § 25, Anm. 8, Ziff. 3 "Verwandtschaft, nahe Bekanntschaft..., wirtschaftliche Abhängigkeit... können von Bedeutung sein."

1) HEUVEMANN, a.a.O., Seite 11

2) BÖHME, a.a.O., Seite 15

3) SATTLER, a.a.O., Seite 26, BÖHME, a.a.O., Seite 16, HEUVEMANN, a.a.O., Seite 13

Prüfung durch, so dass es daraufhin zur Eintragung der Gesellschaft kommt, so entsteht die Aktiengesellschaft auf alle Fälle, auch wenn sich hinterher der Mangel in der Person des Gründungsprüfers oder der Prüfungsgesellschaft herausstellen sollte. Es kommt hier wieder der Grundsatz zur Anwendung, dass "das vom Recht als überragend geschützte Sicherungsbedürfnis der Verbandsgläubiger... auch den Bestand des Verbandes selbst" 1) erfasst, ihn also bestehen lässt. Ist der Verband erst einmal eingetragen, so ist seine Vernichtung für die geschützten Interessen unerträglicher als das Hinnehmen der fehlerhaften unwirksamen Prüfung durch ungeeignete Personen. Es findet also eine Bewertung statt, auf Grund deren sich der Fortbestand der Gesellschaft als höherwertig erweist.

III. DIE ABLEHNUNG DER BESTELLUNG

1. Die Ablehnung durch die Antragsteller

Soweit die Gründungsprüfer nicht von den Antragstellern vorgeschlagen und von dem Gericht akzeptiert worden sind, was heute die Regel ist, sondern von dem Gericht selbständig ermittelt und bestellt wurden, stellt sich die Frage, ob die bestellten Prüfer von den Antragstellern abgelehnt werden können. Ein solches Recht steht ihnen grundsätzlich nicht zu 2). Die Antragsteller können nur gegen die Bestellungsverfügung die sofortige Beschwerde unter Anführung der Gründe, wie Befangenheit, Untauglichkeit etc. erheben (vgl. § 20 FGG und § 146, II FGG) 3).

2. Die Ablehnung durch die bestellten Gründungsprüfer

Soweit die Prüfer bereits vor der Bestellung mit den Antragstellern verhandelt und die Annahme der beantragten Bestellung zugesagt hatten, können sie nunmehr nicht entgegen dieser Abmachung handeln und die Bestellung ablehnen.

Erhalten sie jedoch auf Grund der Bestellung überhaupt erst Kenntnis von dem Gründungsprüfungsauftrag, so steht ihnen die Ausschlagung des Auftrages frei. Eine Verpflichtung zur Übernahme der Gründungsprüfung besteht nicht. Soweit die bestellten Gründungsprüfer berufsmässige Prüfungen etc. durchführen, sind sie verpflichtet, wenn sie die Bestellung und den damit verbundenen Geschäftsbesor-

1) MÜLLER-ERZBACH, "Mitgliedschaft", a.a.O., Seite 112

2) SCHNEIDER, a.a.O., Seite 13, ROSENWALD, a.a.O., Seite 21, HEUE-MANN, a.a.O., Seite 10

3) so auch BÖHME, a.a.O., Seite 13

gungsauftrag nicht annehmen, die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen (§ 663 BGB) 1). Das Gericht müsste in einem solchen Fall solange andere Gründungsprüfer bestellen, bis sich welche zu der Übernahme der Tätigkeit bereit finden, anderenfalls könnte die Gesellschaft nicht eingetragen werden.

IV. DIE VORZEITIGE BEENDIGUNG DER PRÜFUNG

1. Veranlasst durch die Antragsteller

Auf Grund des bereits verschiedentlich herausgearbeiteten Zweckes der externen Gründungsprüfung steht grundsätzlich den Antragstellern nicht das Recht zu, durch Kündigung oder durch Stellung eines Antrages auf Abberufung der Gründungsprüfer auf den Ablauf und auf die Gestaltung der Prüfung unbegründet einzuwirken.

§ 649 BGB ist daher hier grundsätzlich nicht anwendbar. Die Zurückstellung ihrer eigenen Rechte hat aber dort ihre Grenze, wo umgekehrt unberechtigt auf ihre eigenen Interessen eingewirkt wird. Das liegt z.B. dann vor, wenn sich nachträglich eine Befangenheit, Untauglichkeit oder Unfähigkeit herausstellt, oder auch wenn der Gründungsprüfer die Durchführung der Prüfung unverhältnismässig lange hinauszögert. Soweit derartige Fälle gegeben sind, können die Antragsteller ohne weiteres die gerichtliche Abberufung des Prüfers und eine Neubestellung verlangen, sowie den auf Grund der ersten Bestellung abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag kündigen.

2. Veranlasst durch das Gericht

Das Gericht kann selbstverständlich auch in den Fällen, in denen die Gesellschaft durch ihre Organe zu einer Kündigung berechtigt ist, in Ausübung seiner Funktion eine Abberufung der Gründungsprüfer vornehmen.

3. Veranlasst durch die Gründungsprüfer

Grundsätzlich ist der Gründungsprüfer nicht berechtigt, den Prüfungsvertrag zu kündigen. Die Verhältnisse liegen insofern gleich wie bei dem Vertrag mit einem Abschlussprüfer. Bei diesem ist nur eine Kündigung zulässig, wenn die Gesellschaft sich in Abnahmeverzug befindet (§ 643 BGB) 2). Schliesslich liegt hier ein unbe-

-
- 1) Vgl. auch die Untersuchungen zur Rechtsstellung der Gründungsprüfer, Seite 89 ff insbesondere S. 95 dieser Arbeit
 - 2) v. GODIN-WILHELM, a. a. O., § 136, Anm. 5, BAUMBACH-HUECK, a. a. O., ("der Prüfer (darf kündigen) nur aus § 643 BGB), ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a. a. O., § 136, Tz. 10.
ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a. a. O., § 136, Tz. 10 stellen aber fest, dass

rechtigt Einwirken der Gesellschaft bzw. ihrer Organe vor. Sie haben daher auch die Gefahr zu tragen, dass sich evtl. kein Gründungsprüfer mehr finden lässt und die Gesellschaft so nicht eingetragen werden kann, also nicht entsteht. Den Gründungsprüfer in diesen Fällen an dem Vertrage festzuhalten, wäre nicht nur unbillig, sondern würde auch einen klaren Verstoß gegen die dabei bestehende Interessenlage bedeuten.

V. REFORMBESTREBUNGEN

Wie im Rahmen der statistischen Untersuchung festgestellt wurde, stammt die überwiegende Mehrheit der Gründungsprüfer aus den Reihen der Bücherrevisoren und (heute) der Wirtschaftsprüfer. Die aus den technischen Berufen stammenden Gründungsprüfer sind ganz in den Hintergrund getreten. In den Untersuchungen für die Zeit nach dem 2. Weltkrieg konnte kein einziger derartiger Gründungsprüfer mehr festgestellt werden. Soweit Wirtschaftsprüfer als Gründungsprüfer von den Antragstellern vorgeschlagen wurden, akzeptierten sie das Gericht und die Handelskammer ohne weiteres. Aus den eingesehenen Unterlagen konnte keine einzige Ablehnung eines so vorgeschlagenen Prüfers festgestellt werden.

Es erscheint daher zweckmässig, den seit über 25 Jahren bestehenden Stand der öffentlich bestellten Wirtschaftsprüfer, der sich als unparteiischer Prüferstand bewährt und den selbstgegebenen strengen Berufsgrundsätzen unterworfen hat, für die Gründungsprüfung ausschliesslich heranzuziehen. Damit könnte dann auch die Bestellung durch das Gericht und die Anhörung der amtlichen Vertretung des Handelsstandes fortfallen, soweit die Gründer zusammen mit dem ersten Vorstand und Aufsichtsrat sich übereinstimmend auf einen Gründungsprüfer einigen können.

Die Bedenken, die während der Gültigkeit des Artikels 209 h der 2. Aktienrechtsnovelle von 1884 - nach der in Ermangelung einer Vertretung des Handelsstandes Vorstand und Aufsichtsrat die Gründungsprüfer bestellen konnten - bestanden,

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 87

eine derartige Beschränkung des Kündigungsrechtes (nur auf § 643 BGB) ... jedoch der wirklichen Interessenlage" widerspricht. Auf Grund des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen der Gesellschaft bzw. ihren Organen und dem Prüfer müsse man dem Prüfer "daher ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) zuerkennen." So auch SCHLEGELBERGER-QUASS., a. a. O., § 136, Anm. 6 "unter Berücksichtigung der besonderen Natur des Prüfungsvertrages".

nämlich dass man sich dann nicht den schärfsten Prüfer heraussuchen würde, können heute in dieser Form nicht mehr aufrecht erhalten werden. Die Wirtschaftsprüfer erfüllen auf jeden Fall gewisse Mindestanforderungen bezüglich Ausbildung, Praxis, Fachprüfungen und unterliegen bestimmten Berufsgrundsätzen. Sie bieten daher eine hohe Gewähr für eine ordnungsgemässe Prüfungsdurchführung. Das ist eine nicht zu übersehende Garantie, die seinerzeit nicht gegeben war. In die Rechte der Gläubiger wird dabei nicht mehr eingegriffen als bei einer Jahresabschlussprüfung. Auch dort haben die Gläubiger keine unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit. Bringt man aber dort dem Berufsstand der Wirtschaftsprüfer Vertrauen entgegen, so kann man das auch hier tun. Die Praxis hat den entsprechenden Schritt, wie ausgeführt, schon längst getan.

8. KAPITEL

Die Rechte und Pflichten der Gründungsprüfer

I. DIE RECHTSSTELLUNG DER GRÜNDUNGSPRÜFER

Die rechtliche Stellung der Gründungsprüfer hat der Gesetzgeber nicht näher geregelt. Wenn nun die Rechtsstellung ermittelt werden soll, so muss das unter Heranziehung der geschichtlichen Entwicklung und des nicht nur der Gründungsprüfung, sondern der aktienrechtlichen Pflichtprüfung überhaupt zugrunde liegenden Gedankens getan werden. Nur durch ein derartiges Zurückgehen auf die rechtsbestimmenden Lebens Elemente lässt sich eine brauchbare und klare Lösung finden, mit der überzeugend gegen die derzeit - für den Gründungsprüfer jedenfalls - noch bestehende anderweitige Anschauung vorgegangen werden kann.

Doch zuvor sollen grundsätzlich die verschiedenen Erklärungsmöglichkeiten angeführt und besonders die von der herrschenden Meinung vertretenen hervorgehoben werden. Für die Erklärung der Rechtsstellung des Gründungsprüfers gibt es die Organtheorie 1), die reine Vertragstheorie 2) und die Amtstheorie. Letztere wird für

-
- 1) KAYSER, (Kommentar) Art. 209 h (AHGB), Anm. 18 zitiert nach SCHNEIDER, a. a. O., S. 17; RING, V., Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, Berlin 1893, Art. 209 h (AHGB), Anm. 3 "dem Vorstand und Aufsichtsrath an die Seite gestellte Körperschaftsorgane" (allerdings - unzutreffend - auch Gericht und Handelskammer); GAREIS, K., Das Deutsche Handelsrecht, Berlin 1909, § 33 "Die Aktiengesellschaft hat vier Organe nötig, die Gründer, die ..., zu denen als fünftes die Revisoren kommen.
 - 2) RING, a. a. O., Art. 209 h (AHGB), Anm. 3, "Vertragsschluss mit unmittelba-

den Gründungsprüfer von der überwiegenden Mehrheit vertreten 1). Es soll daher die Überlegung Heuvmanns, der als letzter sie in einer umfassenderen Arbeit vertreten hat, kurz skizziert werden 2).

"Die Frage ... ob die Revisoren ein im öffentlichen Interesse übertragenes Amt ausüben ... ist ... zu bejahen .. Die Revision ist ... ein Ausfluss staatlicher Fürsorge. .. Die Frage, ob die Revisoren durch ihre Bestellung in ein Beamtenverhältnis treten, (muss), da der Revisor in kein Dienst- und Treueverhältnis zu der Ernennungsstelle eintritt ... verneint werden. (Sie) treten ... in keinerlei Gewaltverhältnis zum Staat. ... Wenn man auch die Beamteneigenschaft der ... bestellten Revisoren verneinen muss, so ist es andererseits doch möglich,

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 89

rer Wirkung für die werdende Gesellschaft"; HERGENHAHN, Gründer-Erklärung und Prüfung des Gründungsherganges bei Aktiengesellschaften nach Art. 209 g und 209 h des Reichsgesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, Gruchot, 36. Jahrgang, Seite 631, "Es lässt sich sehr wohl die Ansicht vertreten, dass die Revisoren ... in ein Vertragsverhältnis zu der im Entstehen begriffenen Gesellschaft aus dem Gesichtspunkt des Mandats oder der Geschäftsführung treten. Jedenfalls ist der Wille ... darauf gerichtet, die als gesetzliche Vorbedingung ... vorgesehene Prüfung ... durch die Revisoren zu veranlassen." HACHENBURG, Max, in: Das Handelsgesetzbuch, III. Band, 1. Teil, Leipzig 1934, § 192 (HGB), Anm. 18, "Zwischen den Revisoren und der Gesellschaft entsteht ein zivilrechtliches Dienstverhältnis"; RITTER, C., Aktiengesetz, Berlin-München 1939, § 25, Anm. 4 c "Das Prüfungsverhältnis ist körperschaftliches Vertragsverhältnis zwischen Prüfern und zunächst den Gründern, demnächst auch der Gesellschaft"; BAUMB.-HUECK, a.a.O., unentschiedener, § 25, Anm. 3 "Meist nimmt man Vertragsverhältnis zu den Gründern und später der Gesellschaft an", dagegen § 27, Anm. 2 "Zwischen den Prüfern und der Gesellschaft besteht kein Vertrag.

Verfehlt dagegen GOLDSCHMIT, Friedrich, a.a.O., § 192 (HGB) "ein im öffentlichen Interesse übertragenes Amt, ... sie stehen im Vertragsverhältnis zu der ernennenden Stelle".

1) SCHNEIDER, a.a.O., Seite 15 und 27 nennt sie "staatliche Revisoren", ROSENWALD, a.a.O., Seite 22; SATTLER, a.a.O., Seite 16 dort auch dahingehend zustimmende ältere Kommentare; BÖHME, a.a.O., Seite 33; HEUVEMANN, a.a.O., Seite 32

STAUB-PINNER, a.a.O., § 192 (HGB), Anm. 6; v.GODIN-WILHELM, a.a.O., § 25, Anm. 3; TEICHM.-KOEHLER, a.a.O., § 25, Anm. 2 e; FISCHER im Aktiengesetz, Grosskommentar (1957), § 25, Anm. 6.

2) HEUVEMANN, a.a.O., Seite 28 - 32

dass sie ein Amt bekleiden. Die Begriffe Beamter und Amt decken sich nicht. Der Begriff des Amtes ist weiter (z.B. Geschworene, Schöffen) ... Die Stellung der Revisoren ist der Stellung eines Vormundes (Gegenvormundes 1)) oder Konkursverwalter oder Testamentsvollstreckers gleichzusetzen. Dies ergibt sich auch aus dem Zweck der Revision ... Das Ergebnis ... ist, dass die Revisoren, wenn ihnen auch die Beamteneigenschaft fehlt, doch ein im öffentlichen Interesse übertragenes Amt ausüben".

Wenn man nun den Dingen auf den Grund geht, kann der geschilderten herrschenden Meinung nicht beigetreten werden. Es muss zwar zugegeben werden, dass die Anordnung einer Gründungsprüfung wie überhaupt von aktienrechtlichen Prüfungen einen Akt der staatlichen Fürsorge darstellt. Wem dabei vor allen Dingen die Fürsorge gilt, das wurde bereits bei der kausal begründeten Rechtfertigung der Gründungsprüfung festgestellt. Mit der Anordnung einer Prüfung als Akt einer "staatlichen Fürsorge" wird aber nicht automatisch auch für den Prüfer ein öffentliches Amt beschaffen. Die staatliche Fürsorge endet eben im wesentlichen mit dem gesetzlichen Verlangen nach einer derartigen Prüfung. Wenn der Staat darüber hinaus auch noch die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen für die Befähigung zur Ausübung der Prüfertätigkeit fordert, so wird der Prüfer auch deshalb noch nicht Träger eines Amtes. Das zeigt sich am deutlichsten an der Stellung des Wirtschaftsprüfers, dessen Berufsstand gesetzlich eingehend geregelt worden ist und der öffentlich bestellt werden muss. Er ist aber damit noch nicht Inhaber eines öffentlichen Amtes 2). Vielmehr sind nur die so bestellten Personen für bestimmte Tätigkeiten zugelassen. Mit der Zulassung schafft der Staat nur eine gewisse Gewähr für die beteiligten Kreise, ähnlich wie bei den Rechtsanwälten, Ärzten, Apothekern u. a. m. Diese Personengruppen haben auch kein öffentliches Amt inne. Das Ergebnis ist zunächst, dass weder der Wirtschaftsprüfer noch etwa der Gründungsprüfer Inhaber eines Amtes sind.

Ein geeigneter Ansatzpunkt für eine Erklärung lässt sich vielmehr aus der Rechtsstellung des Aufsichtsrates heraus finden. Für ihn steht einwandfrei geklärt fest, dass er Organ der Gesellschaft ist und mit ihr in einem Vertragsverhältnis steht 3).

Wenn man aber nun die originäre Aufgabe des Aufsichtsrats näher durchleuchtet, so muss man feststellen, dass sie sich grundsätzlich mit den prüferischen Aufgaben deckt. Sagte doch Horwitz 4), dass der Aufsichtsrat "nach der Intention des Ge-

1) SATTLER, a. a. O., Seite 17

2) vgl. z.B. ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a. a. O., § 136, Tz. 34

3) u. a. v. GODIN-WILHELMI, a. a. O., § 86, Anm. 1 und § 98, Anm. 2 a,
TEICHM. -KOEHLER, a. a. O., § 86 Anm. 1 und § 98, Anm. 1,
BAUMB. -HUECK, a. a. O., § 86, Anm. 1a und § 98, Anm. 2 a

4) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Seite 203

setzes vom 11. Juni 1870 bestimmt gewesen (sei), einen Ersatz zu schaffen für den fortgefallenen Staatskommissarius", einer Kontrollbehörde also. Der Aufsichtsrat sollte damit nicht nur zu Gunsten der Gesellschaft und deren Aktionäre kontrollieren, sondern auch den aussenstehenden Gläubigern Gewähr bieten. Trotz der mit der Regelung durchgeführten öffentlichen Fürsorge, sah man klar, dass der Aufsichtsrat damit nicht Träger eines öffentlichen Amtes wurde, sondern ein körperschaftliches Organ war. Nur weil der Aufsichtsrat eben in der Praxis nicht seine ihm zugedachte Funktion erfüllte und in seiner praktischen Weiterentwicklung auch nicht erfüllen konnte, kam es zur Verlagerung von eigentlich von ihm durchzuführenden Prüfungen und Kontrollen auf aussenstehende Prüfer. Gerade die Schwierigkeiten, die bei der ersten Formulierung der Gründungsprüfungsvorschriften auftraten, können hier ein sehr wertvolles Indiz für unsere Behauptung sein. Der Gesetzgeber sprach bekanntlich seinerzeit im ersten Entwurf zur zweiten Aktienrechtsnovelle von 1884 zunächst von der Bestellung von "Stellvertretern" für die befangenen Gesellschaftsorgane. Die Stellvertreter hätten damit ganz ohne Zweifel auch für ihren Tätigkeitsbereich Organeigenschaft gehabt 1) (vgl. z. B. § 85 AktG).

Nur weil man die als Stellvertreter fungierenden Personen (bereits hierfür vorgeschlagen; Revisoren, Handelskammersyndici u. a. m.) nicht mit der gleichen Haftung wie die vertretenen Organe belegen wollte 2), was automatisch geschehen wäre, und wohl um auch nur den Anschein eines Einflusses des Vertretenen auf seine Stellvertreter zu vermeiden, entschied man sich für die "besonderen Revisoren". Damit hat man die Prüfungseinrichtung aber nicht aus dem körperschaftlichen Rahmen herausgenommen. Die Prüfer wurden nur den anderen Organen so zur Seite gestellt, dass diese keinen Einfluss auf sie ausüben konnten, sondern dass durch ihre Bestellung ihre Unabhängigkeit von den anderen Organen voll gewährleistet war. Dass der Gründungsprüfer regelmässig nur zur Durchführung der Gründung gebraucht wird, spricht nicht gegen seine Organeigenschaft. Die Ansicht, dass der aktienrechtliche Prüfer ein Organ der Gesellschaft sei, hat sich bereits für den Jahresabschlussprüfer fast vollständig durchgesetzt 3), für den Son-

-
- 1) Stenographische Berichte des Reichstages 1884, Beilage S. 326 "Rücksichtlich der Prüfung stehen die Ersatzmänner in jeder Beziehung an Stelle eines Mitgliedes des Vorstandes beziehungsweise des Aufsichtsrates ..."
 - 2) SATTLER, a. a. O., Seite 8
 - 3) STAUB-PINNER, a. a. O., § 262 a (HGB), Anm. 1; GADOW, Aktiengesetz, Kommentar (Berlin 1939), § 135, Anm. 1; v. GODIN-WILHELM, a. a. O., § 135, Anm. 1; BAUMB.-HUECK, a. a. O., vor § 135, Anm. 1; (Baumbach (5. Auflage 1944) Organ sind sie nicht); ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a. a. O., § 137, Tz. 2
BGH 16, Seite 25

derprüfer zumindest teilweise 1). Wenn der Organtheorie für den Sonderprüfer - und gleiches würde dann auch für den Gründungsprüfer gelten - entgegengehalten wird, dass es "an der Eingliederung in die Gesellschaft als ständige Kontrolleinrichtung fehlt" 2), so kann dieser Argumentation nicht beigetreten werden. Von dem Gesetzgeber wurde jedenfalls nicht festgelegt, was unter einem aktienrechtlichen Organ zu verstehen ist, der Ausdruck wurde vielmehr von der Rechtslehre übernommen 3). Die sogenannten "Stellvertreter" des Gesetzgebers von 1884 wären ja auch nur einmalig notwendig und trotzdem Organe der Gesellschaft gewesen. Das ständige Vorhandensein kann also kein Kriterium dafür sein, ob man es mit einer "Organ"-Kontrolleinrichtung zu tun hat oder aber nur mit einer "Nichtorgan"-Kontrolleinrichtung. Das Kriterium liegt vielmehr in der Beziehung zur Gesellschaft begründet. Da kann dann aber gerade für den Gründungsprüfer festgestellt werden, dass die Gesellschaft regelmässig nur mit Hilfe dieses Organes entstehen kann. Ähnliches gilt ja auch für den Jahresabschluss, dem nur mit Hilfe des Jahresabschlussprüfers zur Wirksamkeit verholfen wird. Man kann so feststellen, dass die aktienrechtlichen Prüfer in allen Fällen Prüfungsorgane der Aktiengesellschaft sind und zwar entweder als ständige Organe oder als Hilfs- oder Sonderorgane.

Nunmehr muss die Frage untersucht werden, ob zwischen dem Gründerverein bzw. damit der entstehenden Aktiengesellschaft einerseits und dem Gründungsprüfer andererseits ein Vertrag besteht. Im allgemeinen wird dem entgegengehalten, dass es "an dem für beide Teile nötigen Willen, einen Vertrag zu schliessen fehlt" 4). In Wirklichkeit geht man aber damit an entscheidenden Gesichtspunkten vorbei.

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 92

MÜLLER-ERZBACH, Deutsches Handelsrecht, Seite 274, sprach bereits 1928 (de lege lata) von besonderen "Kontroll- und Revisionsorganen"

-
- 1) BRODMANN, E., Aktienrecht, Kommentar (1928) § 267 (HGB), Anm. 1 a; RITTER, Aktiengesetz, 2. Auflage, § 118 Anm. 2 b "Der Vorgangsprüfer ist, ebenso wie der Abschlussprüfer, Organ der Gesellschaft"
 - 2) ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a.a.O., § 135, Tz. 243
 - 3) Der Bundesgerichtshof (BGH 16, Seite 25) führt beispielsweise für den Abschlussprüfer unter Hinweis auf § 138 AktG (Auskunftsrecht) und § 139 AktG (Prüfungsbericht) aus: "Er ist in die Organisation der Gesellschaft eingegliedert. Aus alledem ergibt sich, dass der Abschlussprüfer Organ der Gesellschaft ist". Die vom BGH für die Organbeweissführung angeführten Kriterien lassen sich aber alle auch für die Gründungsprüfer erbringen.
 - 4) HEUVEMANN, a.a.O., Seite 26

Die Beteiligten wollen durchaus miteinander einen Vertrag schliessen, wie es sich weitgehend in der Praxis erwiesen hat. Die Antragsteller wissen, dass sie regelmässig ohne Gründungsprüfung ihr Ziel, die Entstehung der Aktiengesellschaft nicht erreichen können. Daher sind sie bereit, alle die notwendigen Schritte zu unternehmen und Verträge abzuschliessen, die ihnen die Erreichung ihres Zieles ermöglichen. Meist treten sie daher schon mit qualifizierten Prüfern in Verhandlungen ein und erteilen ihnen den Auftrag vorbehaltlich der gerichtlichen Bestellung, die Prüfung durchzuführen. Teilweise wurde in der Praxis die Gründungsprüfung schon durchgeführt, bevor die gerichtliche Bestellung beantragt worden ist. An dem notwendigen Parteiwillen fehlt es also nicht.

Andererseits wird argumentiert, das Zustandekommen eines Vertrages würde durch das Dazwischentreten des Gerichtes als bestellende Stelle verhindert, denn "die öffentlichen Organe - gemeint sind die Gerichte -, welchen die Bestellung obliegt, haben keineswegs den Willen, gleichsam als Vertreter und im Namen der Gesellschaft mit den Revisoren zu kontrahieren" 1).

Nun kennt aber das Aktienrecht zwei weitere Fälle, in denen eine gerichtliche Bestellung von Prüfern erfolgt, nämlich den gerichtlich bestellten Jahresabschlussprüfer (§ 136, III, 3 + IV AktG) und den gerichtlich bestellten Sonderprüfer (§ 118, II, 1 AktG). Die Tätigkeit des Gerichtes unterscheidet sich dabei nicht von der für die Gründungsprüfung auszuübenden. Sie muss demnach in allen Fällen zu einem gleichen rechtlichen Ergebnis führen, bzw. steht dem, zumindest bei Erfüllung der sonst notwendigen Voraussetzungen, nicht im Wege. Nun ist aber die heute herrschende Auffassung 2) sich darin einig, dass trotz Zwischen-

1) ROSENWALD, a. a. O., Seite 24

2) Zu § 136, III, 2 und IV AktG (gerichtl. bestellter Abschlussprüfer)

STAUB-PINNER, a. a. O., § 262 b (HGB), Anm. 22; SCHMIDT, Aktiengesetz, Kommentar (Berlin 1939) § 136, Anm. 25; RITTER, a. a. O., § 136, Anm. 6 c dd; SCHLEGELBERGER-QUASS., a. a. O., § 136, Anm. 15; v. GODIN-WILHELMI, a. a. O., § 136, Anm. 14; BAUMB.-HUECK, a. a. O., § 136, Anm. 4 B.

Zu § 118, II, 1 AktG (gerichtl. bestellter Sonderprüfer)

BRODMANN, a. a. O., § 266 (HGB), Anm. 5; SCHMIDT, a. a. O., § 121, Anm. 8 "... die Prüfung selbst geschieht im Interesse der Gesellschaft"; RITTER, a. a. O., § 118, Anm. 6; v. GODIN-WILHELMI, a. a. O., in der ersten Auflage gegen Vertragstheorie, in der 2. Auflage § 119, Anm. 2 für Vertrag; BAUMB.-HUECK, a. a. O., § 118, Anm. 5 (Baumbach 1. Auflage § 118, Anm. 4 noch gegen Annahme eines Vertrages mit der Gesellschaft; Vertrag nur mit Antragstellern); v. GLEICHENSTEIN, Die Sonderprüfung im Aktienrecht, in: Der Betriebsberater 1956, Seite 761

schaltung des Gerichtes in den genannten beiden Fällen Verträge zwischen der Gesellschaft und den Prüfern zustandekommen. Begründet wird dies damit, dass "das Rechtsverhältnis ... nicht bei I und IV" - also bei Bestellung einmal durch die Hauptversammlung und ein ander Mal durch das Gericht - "verschieden sein (kann). Annahme begründet einen Zwangsvertrag zwischen der Gesellschaft und Prüfer" 1). Ja man kann auch im Hinblick auf die heute weitgehende Übung, vorgeschlagene Gründungsprüfer zu akzeptieren, in der Bestellung mehr einen Akt der Einwilligung sehen in einen Vertrag, bei dem die für die juristische Person Handelnden gerade hinsichtlich dieses Vertrages nur beschränkt handlungsfähig sind.

Der Vertragsinhalt ist gesetzlich fast vollständig vorgeschrieben, d.h. Abschluss, Vertragsrechte und -pflichten und Vertragsbeendigung. Dass für freie Vereinbarungen bei dem Gründungsprüfungsvertrag kaum Raum vorhanden ist, spricht auch nicht gegen die Annahme eines Vertrages. Verträge mit mehr oder weniger gesetzlich vorgeschriebenem Inhalt sind dem Recht nicht fremd.

Der Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Gründungsprüfer richtet sich auf die Erstattung eines Prüfungsberichtes über die Prüfung der Gründung (§ 26, II AktG). Er ist also eine werkvertragsartige Geschäftsbesorgung, auf die die Bestimmungen des Werkvertrages und auch teilweise die Vorschriften des Auftragsrechts - soweit nicht aktienrechtliche Bestimmungen dem entgegenstehen - Anwendung finden.

Das Ergebnis der Untersuchung ist also, dass der Gründungsprüfer ein Organ der Gesellschaft ist und mit ihr in vertraglichen Beziehungen steht.

II. DIE RECHTE DER GRÜNDUNGSPRÜFER

Dem in das Spannungsfeld der zu gründenden Aktiengesellschaft tretenden Gründungsprüfer müssen entsprechende rechtliche Befugnisse zur Seite stehen, damit er sein "Interesse" wahrnehmen und die ihm übertragenen Aufgaben erfüllen kann.

1. Auskunfts- und Einsichtsrecht

Das wichtigste Recht, um die gesetzlich beabsichtigte Aufgabe erfüllen zu können, ist das Recht auf Einsichtnahme in die Gründungsunterlagen und das Recht überhaupt, Aufklärungen und Nachweise verlangen zu können. Es muss ihm gestattet

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 94

gegen Vertragsannahme: STAUB-PINNER, a.a.O., § 267 (HGB), Anm. 8 b 1;
SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 118, Anm. 16

1) BAUMB.-HUECK, a.a.O., § 136, Anm. 4 B

sein, alle die Prüfungshandlungen vorzunehmen, die nach seinem pflichtgemäßen Ermessen und nach der Berufsauffassung notwendig sind, damit das Prüfungsziel erreicht werden kann.

Indes eine eigene aktiengesetzliche Vorschrift, aus der das Recht unmittelbar hervorgeht, besteht für die Gründungsprüfung nicht. Man kann das Recht nur aus der Vorschrift über die Meinungsverschiedenheiten ableiten, denn, wenn hier die Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise geregelt wurden (§ 27, I, 1 AktG), muss zunächst erst einmal überhaupt ein derartiges Recht bestehen. Man kann aber auch so argumentieren, dass die gesamte gesetzlich angeordnete Gründungsprüfung illusorisch wäre, wenn nicht damit das Auskunfts- und Nachweisrecht des Gründungsprüfers automatisch gegeben wäre. So ist auch aus diesem Gesichtspunkt, bei dem auf die rechtsbestimmenden Faktoren zurückgegangen wird, dem Prüfer das Recht auf Auskunft und Einsichtnahme zuzusprechen.

Die bezeichneten Rechte sind demnach nicht unmittelbar nachweisbar, ganz im Gegensatz nämlich zu den gleichartigen Rechten der Sonderprüfer und der Abschlussprüfer. Für sie ist im Aktienrecht selber verankert, dass sie vom Vorstand alle Aufklärungen und Nachweise verlangen können, welche die sorgfältige Erfüllung ihrer Prüfungspflicht erfordert. Ihnen ist die Prüfung der Bücher und Schriften sowie der Vermögensgegenstände zu gestatten (§ 121, I und II AktG und § 138, I und II AktG). Das Auskunfts- und Nachweisrecht ergibt sich aber auch aus der - wie festgestellt wurde - zugrunde liegenden werkvertragsähnlichen Geschäftsbesorgung. Nachdem der Prüfer nur mit Hilfe dieser Rechte sein Ziel erreichen kann, ein Mitwirken besonders der Gründer, aber hier auch der Gesellschaftsorgane, also erforderlich ist, geht ein Nichtmitwirken zu ihren Lasten und damit auch der entstehenden Gesellschaft (Gründervereinigung) (§ 642 BGB).

2. Das Recht auf Vergütung und Auslagenersatz

Das Recht auf Ersatz angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für ihre Tätigkeit ergibt sich ohne weiteres aus dem der Tätigkeit zugrunde liegenden Vertrag (§ 632 und § 670 BGB). Um aber alle damit verbundenen eventuellen Schwierigkeiten, besonders über die Höhe der Vergütung, auszuräumen, ist das Recht hierauf vom Aktiengesetzgeber nochmals ausdrücklich festgelegt worden (§ 27, II, 1 AktG). Er sorgt daher auch für eine objektive Festlegung der Vergütung und Auslagen durch das Gericht (§ 27, II, 2 AktG). Gegen die Festsetzung ist die sofortige Beschwerde zulässig, die weitere Beschwerde aber ausgeschlossen. Aus der rechtskräftig gewordenen Festsetzung kann die Zwangsvollstreckung nach der Zivilprozessordnung stattfinden. Sie richtet sich entweder gegen die Gesellschaft, die Gründervereinigung bzw. gegen die Gründer, die gesamtschuldnerisch haften.

Auf diese Weise ist das Interesse des Gründungsprüfers auf Entschädigung auf alle Fälle sichergestellt.

In der Praxis freilich wird das Gericht - trotz der erfolgten Zuständigkeitserklärung - in der Regel nicht mit der Festsetzung der Vergütung und des Auslagenersatzes befasst 1). Vielmehr erfolgt der Ausgleich der Forderungen nach Massgabe der in den Gebührenordnungen der wirtschaftsprüfenden Berufe festgelegten Sätze. Eine gerichtliche Festsetzung wird sich auch an diese allgemein getroffenen Gebührenordnungen zu halten haben.

Es kommen dafür im wesentlichsten in Frage:

- a) Gebührenordnung für Pflichtprüfungen, Erlass des Reichswirtschaftsministers vom 11.4.1939 2)

Die Gebührenordnung wird nicht nur zur Durchführung von durch Wirtschaftsprüfer vorzunehmenden Pflichtprüfungen angewandt. Sie kann damit auch zur Berechnung der Vergütungen für Gründungsprüfungen herangezogen werden 3).

Der Gebührenberechnung wird eine Zeitgebühr (§ 3) und daneben eine Wertgebühr (§ 4) zugrunde gelegt. Die in dem Erlass angeführten Gebührensätze werden seit dem 1.7.1953 in der Regel um 20 - 30 % erhöht 4).

- b) Gebührenordnung des ehemaligen Verbandes Deutscher Bücherrevisoren e. V., Leipzig (VDB) in der Fassung vom 1.12.1927.

Die Gebührenordnung "wird nicht nur von vereidigten Bücherrevisoren, sondern auch von Wirtschaftsprüfern ... benutzt" 5).

Entsprechend der Gebührenordnung gilt als Grundlage der Gebührenberechnung der Wert des Prüfungsgegenstandes (§ 2, II). Der § 13 dieser Gebührenordnung regelt dabei die Berechnung der Gebühren für die Gründungsrevision gemäss § 25 ff AktG wie folgt:

(1) "Bargründung, berechnet: vom Aktienkapital und Aufgeld, vier Zehntel.

-
- 1) Eigene Beobachtungen und auch Auskunft des Berliner Registerrichters A., ähnlich wie ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a.a.O., § 136, Tz. 34 für den gerichtlich bestellten Abschlussprüfer.
 - 2) Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 1954, Seite 101 ff. angewandt z.B. bei der Gründungsprüfung

Bln HRB 76 41 (Blatt 18) eingetragen am 1.9.1952

- 3) Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch, Seite 121
- 4) wie vor, Seite 107 ff.
- 5) wie vor, Seite 114

- (2) Sachgründung, berechnet von der Summe der eingebrachten Aktiva zuzüglich des gezeichneten Barkapitals, acht Zehntel.
- (3) Bei besonders schwierigen und ungewöhnlich viel Zeit erfordernden Revisionen können in beiden Fällen angemessene höhere Gebühren gefordert werden.
- (4) Für die Prüfungen von Bargründungen, bei denen es sich gleichzeitig um eine erfolgte oder beabsichtigte Übernahme handelt, werden die Gebühren wie bei Sachgründungen berechnet".

Die Gebührentafel enthält der § 3, II. Die angesetzten Tarifgebühren werden heute in der Regel um 25 % erhöht 1).

III. DIE PFLICHTEN DES GRÜNDUNGSPRÜFERS

Die externe Gründungsprüfung soll eine besondere Garantie für eine ordnungsgemäße Durchführung der Gründung und damit für die Aufbringung des Grundkapitals geben. Aus diesem Grunde kommt der Beachtung der Prüferpflichten sowie der damit im Zusammenhang stehenden Verantwortlichkeit und den mit deren Verletzung zu verbindenden Rechtsfolgen eine besondere Bedeutung zu. Der Gesetzgeber stellt auch hierdurch - soweit wie möglich - die Aufbringung des Grundkapitals sicher.

1. Die Prüfungsdurchführung als Hauptpflicht

Der Gründungsprüfer hat den Hergang der Gründung gewissenhaft und unparteiisch zu prüfen und über die Prüfung unter Darlegung der Prüfungshandlungen und -ergebnisse schriftlich zu berichten. Auf diesen materiellen und formellen Inhalt der Gründungsprüfung und über den abzufassenden Prüfungsbericht wird in den folgenden Kapiteln 9 und 10 näher eingegangen werden.

2. Die Pflicht zur verantwortlichen Leitung der Prüfung

Die Prüfung ist von dem bestellten Gründungsprüfer verantwortlich zu leiten. Er ist nicht berechtigt, die Prüfung als Ganzes auf andere zu übertragen. Dagegen ist es ihm erlaubt - wie sich aus der Haftungsvorschrift des § 42, I, 1 AktG ergibt - Prüfungsgehilfen zur Durchführung der Gründungsprüfung heranzuziehen. Das ist weitgehend heute üblich. Inwieweit dabei die Arbeiten übertragen werden können, richtet sich nach dem pflichtgemässen Ermessen des Gründungsprüfers und nach der allgemeinen Auffassung der wirtschaftsprüfenden Berufe.

3. Die Pflichtenverteilung bei Bestellung mehrerer Gründungsprüfer

Ein besonderes Problem besteht, wenn zwei oder noch mehr Gründungsprüfer bestellt werden. Das war bis zum Aktiengesetz von 1937 üblich, nachdem bis dahin die Gesetzesformulierung nach herrschender Auffassung die Bestellung von mindestens zwei Prüfern verlangte. Heute ist das noch möglich, aber in der Praxis nicht mehr üblich. Dadurch werden von vornherein Kompetenzschwierigkeiten zwischen den Prüfern vermieden. Soweit mehrere Gründungsprüfer bestellt werden, ist entsprechend der für die Bestellung mehrerer Abschlussprüfer herrschenden Auffassung analog vorzugehen 1), d.h. jeder Gründungsprüfer ist für die gesamte Gründungsprüfung verantwortlich 1). Der Beschluss des OLG Dresden (Civilsenat VI) vom 25.10.1898 2), nach dem - unter Hinweis auf Sattler (a.a.O., Seite 47, Ziff. 8) - eine Aufteilung der Gründungsprüfung zwischen den bestellten Gründungsprüfern (früher mindestens zwei - siehe oben) möglich sei, weil "die erforderliche Sachkunde ... naturgemäss bei den zu Revisoren ernannten Personen vielfach nur in der einen oder anderen Richtung vorhanden sein (wird)", sollte man entsprechend der heute allgemein anerkannten Auffassung über die notwendige Qualifikation des Gründungsprüfers als überholt ansehen können. Jeder muss befähigt sein, den ganzen Vorgang beurteilen zu können. Eine Aufteilung, wie es intern regelmässig zwischen dem Gründungsprüfer und seinen Gehilfen geschieht, dem sogenannten team-work, wobei der Gründungsprüfer als Prüfungsleiter Aufsicht und Verantwortung trägt, ist hier im Hinblick auf die selbständige Stellung des Gründungsprüfers nicht möglich. Unter den mehreren bestellten Gründungsprüfern bestehen weder dahingehende Rechte noch Pflichten, jeder ist für die ganze Prüfung der Gründung verantwortlich 3). Eine gemeinsame Abfassung des Prü-

1) ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a.a.O., § 136, Tz. 1 und § 140, Tz. 28

2) Holdheims Zeitschrift, 7. Jahrgang, Seite 313

3) Gleicher Meinung

GOLDSCHMIT, Friedrich, a.a.O., § 192 (HGB), Anm. 5 "Die Revisoren können Arbeitsteilung unter sich vornehmen, aber nach aussen trägt jeder die Verantwortung für das Ganze!"

RING, V., SCHACHIAN, H., Die Praxis der Aktiengesellschaft, Berlin 1929, S. 13 "Jeder Revisor hat den Hergang der Gründung zu prüfen. ... (Er) steht für die Prüfung und Berichterstattung selbständig ein".

Anderer Meinung

STAUB-PINNER, a.a.O., § 192 (HGB), Anm. 4, -- SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 25, Anm. 4, -- selbst auch noch der neueste Kommentar SCHMIDT, Aktiengesetz, Grosskommentar (Berlin 1957), § 25, Anm. 3 "Sind es mehrere, so ist ... eine Arbeitsteilung unter ihnen nicht ausgeschlossen". Teilung der Verantwortung - Hinweis auf Holdheim 7/313.

fungsberichtes ist dagegen denkbar, er ist aber hinsichtlich seines ganzen Inhaltes von jedem Gründungsprüfer verantwortlich zu unterzeichnen.

4. Die Pflicht, Auskunft über den Stand der Prüfung zu erteilen

Der Gründungsprüfer ist verpflichtet, während der Gründungsprüfung insbesondere den Gründern aber auch den Organen der Gesellschaft jederzeit über den Stand seiner Prüfung Auskunft zu geben (§§ 666 BGB). Besondere Prüfungsergebnisse sind nach der Berufsauffassung der Wirtschaftsprüfer bereits vor Abschluss der Prüfung und Berichterstattung den Verantwortlichen mitzuteilen. So können die Beanstandungen eventuell noch vor Beendigung der Prüfung abgestellt werden. Auch kann eine derartige Unterrichtung zur Feststellung und möglichst auch Klärung von Meinungsverschiedenheiten führen.

5. Die Pflicht zur alsbaldigen Prüfungsdurchführung

Der Gründungsprüfer ist verpflichtet, soweit nicht etwas anderes vereinbart wurde (was meist der Fall sein wird und vor Annahme der Bestellung getan werden sollte), die Prüfung sofort durchzuführen (§ 271, I BGB). Die entstehende Gesellschaft (Gründervereinigung) ist berechtigt, den Prüfer zu mahnen, wodurch er in Schuldnerverzug gerät. Er hat dann für den Verzugsschaden zu haften (§ 284, I, 1 BGB und § 286, I BGB). Mit der Mahnung kann eine Fristsetzung mit Ablehnungsdrohung der Prüferleistung verbunden werden (§ 326, I, 1 BGB). Hierdurch kann der Gründungsprüfer die Gründungsprüfung nicht mehr durchführen, die Gesellschaft aber auch nicht entstehen. Die nicht fristgerechte Durchführung stellt aber einen wichtigen und ausreichenden Grund dar, beim Registergericht die Abberufung des alten und die Bestellung eines anderen Gründungsprüfers verlangen zu können.

Das Recht, insofern auf eine baldige Durchführung der Gründungsprüfung einwirken zu können, muss der entstehenden Gesellschaft verbleiben. Es ist ihr wichtigstes Interesse, in diesem Stadium die Entstehung so schnell wie möglich zu erreichen. Dem stehen schutzwürdige andere Interessen nicht entgegen. Insofern verdient auch der Gründungsprüfer keinen besonderen Schutz, da er die Gefahr, den Auftrag zu verlieren, beherrscht.

6. Die Pflicht zur Haftung für eine ordnungsgemässe Prüfung

Die mit der Übernahme der Tätigkeit verbundene hohe Verantwortlichkeit verpflichtet den Gründungsprüfer besonders. Die Haftpflicht gehört so neben der Prüfungs- und Berichterstattungspflicht zu den wichtigsten Funktionen der Gründungsprüfung, um die Erreichung des mit ihr verbundenen Zieles gewährleisten zu können. Die Verantwortlichkeit wurde daher auch in einem eigenen Abschnitt besonders untersucht 1).

1) vgl. Abschnitt V dieses Kapitels

IV. DIE AUSTRAGUNG VON MEINUNGSVERSCHIEDENHEITEN

Die Stellung des Gründungsprüfers ist ausserordentlich stark. Von seinem Urteil hängt mit die Entscheidung des Registerrichters ab, ob die Gesellschaft eingetragen wird oder nicht. Ein Einwirkungsvermögen der Gründer auf die Tätigkeit der Gründungsprüfer besteht grundsätzlich nicht. Die Prüfer haben vielmehr ihrerseits ein weitgehendes Recht, von den Gründern Aufklärungen und Nachweise verlangen zu können. Das Recht auf Auskunft kann aber manchmal nur unter grössten Mühen befriedigt werden, weil z.B. die Unterlagen aus vergangenen Jahren nur schwer zu beschaffen sind. Hieraus können Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien entstehen, wie aber auch solche ganz generell über den Umfang der von den Gründern zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise möglich sind. Um nun die Gründer, als Hauptbetreibende der Gründung, nicht vollständig der Ansicht der Gründungsprüfer - die ja nicht Wirtschaftsprüfer zu sein brauchen - zu unterwerfen, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, dass über derartige Meinungsverschiedenheiten das Gericht entscheiden kann (§ 27, I, 1 AktG). Nur Meinungsverschiedenheiten über den Umfang der zu gewährenden Aufklärungen und Nachweise werden von dieser Regelung betroffen 1), nicht dagegen auch solche über die Prüfungsfeststellungen und -ergebnisse. Diese stehen grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der Gründungsprüfer 2).

-
- 1) Die besondere Regelung der Meinungsverschiedenheiten bei der Prüfung des Jahresabschlusses (§ 135, III AktG) bezieht sich dagegen auf die Klärung der Auslegung von bestimmten aktienrechtlichen Vorschriften und nicht auf den Umfang der zu gebenden Aufklärungen und Nachweise. Es entscheidet dort auch eine besondere Spruchstelle und nicht das Gericht.
 - 2) Soweit ein Schaden aus falschen Prüfungsfeststellungen und -ergebnissen entstanden ist, können die Gründungsprüfer nach der besonderen aktienrechtlichen Vorschrift des § 42, I AktG zur Verantwortung herangezogen werden. Insoweit - trotz falscher Feststellungen und Prüfungsergebnisse - noch kein Schaden entstanden ist, kann gegen die Prüfer insbesondere auf Grund der vertragsrechtlichen Normen vorgegangen werden, denn sie haben ihre Prüfung so durchzuführen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB, aber auch § 42, I, 1 AktG "gewissenhaft". Vgl. auch Abschnitt V dieses Kapitels). Im Aktiengesetz werden dagegen nur genau umrissene, also bestimmte Meinungsverschiedenheiten einer besonderen, verfahrensmässig schnelleren Regelung unterworfen.

1. Die Parteien, zwischen denen Meinungsverschiedenheiten bestehen können

Meinungsverschiedenheiten können bestehen zwischen

- a) den Gründern und
dem Aufsichtsrat
dem Vorstand
den Gründungsprüfern
- b) dem Aufsichtsrat und Vorstand und
den Gründungsprüfern.

Gesetzlich geregelt wurde nur die Behandlung der Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gründern und den Gründungsprüfern (§ 27, I AktG). Diese Regelung ist jedoch nicht auch analog anwendbar auf Meinungsverschiedenheiten der Gründer gegenüber dem Aufsichtsrat und Vorstand bzw. umgekehrt. Die beiden Organe können nur bei Nichtbeilegung der Differenz entweder ihre Stellung aufgeben, oder sie haben die Meinungsverschiedenheiten schriftlich in ihren Berichten festzuhalten. Die Gründungsprüfer (bzw. soweit keine externe Gründungsprüfung stattgefunden hat, der Registerrichter) haben sich damit zu befassen.

Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Aufsichtsrat sowie dem Vorstand einerseits und dem Gründungsprüfer andererseits sind gesetzlich gleichfalls nicht geregelt, weil auf Grund der bekannten Einwirkungsmöglichkeit der Gründer auf den Aufsichtsrat und Vorstand wirklich echte Meinungsverschiedenheiten letztlich nur zwischen den Gründern und den Gründungsprüfern bestehen können. In der Praxis allerdings werden gerade zwischen dem Aufsichtsrat und Vorstand sowie den Prüfern die Meinungsverschiedenheiten zuerst akut werden. Besonders der Vorstand wird bereits im Gründungsstadium die wesentlichsten Arbeiten verantwortlich leiten, während die Gründer sich möglicherweise weit weg vom Ort der Prüfungshandlung befinden werden. Verweigern die Organe aber die von den Prüfern verlangten Aufklärungen und Nachweise, so können trotzdem sich die Prüfer nur direkt an die Gründer halten, die dann ihrerseits entsprechend auf die Organe einzuwirken hätten, wenn sie nicht eine gerichtliche Entscheidung hierfür herbeiführen wollen.

2. Die Notwendigkeit für die Prüfer, Meinungsverschiedenheiten zu klären

Bestehen derartige Differenzen zwischen dem Gründungsprüfer und den Gründern, so muss der Prüfer den vom Gesetzgeber bezeichneten Weg beschreiten. Es reicht jedenfalls nicht aus, wenn er nur in seinem Bericht darauf hinweist, dass er bestimmte Aufklärungen und Nachweise nicht erlangen und daher einzelne Feststellungen (z. B. in Bewertungsfragen) nicht treffen konnte. Er muss eine Klärung her-

beiführen, um sich nicht haftbar zu machen. Tut er es nicht, so hat er seine Verpflichtung zur gewissenhaften Prüfung verletzt und wäre der Gesellschaft für den daraus entstehenden Schaden verpflichtet (§ 42, I, 1 und 3 AktG).

Die Gründungsprüfer sind nicht verpflichtet, sich die notwendigen Kenntnisse - unter Umgehung der nicht auskunftsbereiten Gründer - anderweitig zu verschaffen 1). Vielmehr ist die Heranschaffung von Unterlagen durch die Gründer gerade in diesem Fall notwendig. Die Gründer kennen die rechtliche Bedeutung ihrer Weigerung. Der Prüfer hat sie hierüber aufzuklären. Geben die Gründer dennoch nicht die gewünschten Aufklärungen und Nachweise, so handelt der Prüfer letztlich gegen sie, wenn er sich die erforderlichen Unterlagen und Aufklärungen anderweitig beschafft. Es darf nicht übersehen werden, dass im allgemeinen die Gründer die zukünftigen Aktionäre, die Eigentümer der Aktiengesellschaft sind. Schliesslich hat die Öffentlichkeit kein höheres Interesse an der Entstehung der Aktiengesellschaft als die Gründer selbst. Das öffentliche Interesse besteht nur insoweit, dass, wenn die Aktiengesellschaft entsteht, die nötigen Sicherungen getroffen werden, um die Aufbringung des Grundkapitals sicher zustellen und damit faule Gründungen zu vermeiden. Weiter geht das Interesse aber nicht.

3. Das gerichtliche Verfahren

Das Verfahren richtet sich nach den Grundsätzen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zuständig ist das Amtsgericht (§ 145, I FGG), von dem auch die Gründungsprüfer bestellt worden sind. Das Gericht wird entweder auf einen Antrag der Gründungs-

1) gleicher Meinung

RING-SCHACHIAN, a.a.O., S. 13 "Die Revisoren haben ... nicht das Recht, sich mit anderweitig gewonnener Kenntnis zufrieden zu geben". STAUB-PINNER, a.a.O., § 194 (HGB), Anm. 1 schreiben ausdrücklich: "Wenn in der 6./7. Auflage ausgeführt war, dass die Revisoren, wenn sie sich die nötigen Aufklärungen anderseitig verschaffen, auch von der Erklärung der Gründer absehen können, so widerspricht dies der bestimmten Fassung des Gesetzes". SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 27, Anm. 2, v. GODIN-WILHELMI, a.a.O., § 27, Anm. 1; FISCHER, Aktiengesetz, Grosskommentar (Berlin 1957), § 27, Anm. 2

anderer Meinung

HACHENBURG, das Handelsgesetzbuch, III. Band, 1. Teil (1934), § 194 (HGB), Anm. 6 "Die Revisoren können sich selbst freiwillig... Aufklärung beschaffen. ... Die Gründer haben kein Widerspruchsrecht hiergegen".

BAUMB.-HUECK, a.a.O., § 27, Anm. 1 soweit es "keine ungewöhnlichen Schwierigkeiten macht" "müssen", sonst "dürfen" sie sich die Kenntnisse anderweitig beschaffen.

prüfer oder der Gründer tätig. Es hat in der Regel beide Teile zu hören (§ 146, I FGG). Von Amts wegen hat dabei das Gericht die notwendigen Untersuchungen anzustellen und gegebenenfalls Beweise zu erheben (§ 12 FGG) und Sachverständige heranzuziehen. Die Entscheidung ergeht sodann mit der Feststellung, ob die entsprechenden Aufklärungen und Nachweise zur Prüfungsdurchführung notwendig sind oder nicht. Gegenstand der Entscheidung können alle rechtlichen und tatsächlichen Vorgänge sein, die im Zusammenhang mit der Gründung stehen und deren Bekanntgabe für den Prüfer zur Beurteilung der Gründung von Bedeutung sind. Es gehören hierher nach herrschender Auffassung auch die Bekanntgabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen 1). Die Entscheidung ist endgültig und darin unanfechtbar. Ein weiterer Rechtszug ist ausdrücklich nicht gegeben.

Ein Zwang, während des gerichtlichen Verfahrens die Prüfung einzustellen, besteht nicht. Verlangen jedoch die Gründer durch die Organe des Gründervereins die einstweilige Einstellung, so haben die Prüfer diesem Verlangen Folge zu leisten, denn die Betreibung der Gründung an sich steht - wie bereits erwähnt - im Belieben der Gründer. Der Anspruch der Gründungsprüfer auf Vergütung und Ersatz der Auslagen bleibt jedoch davon unberührt. Verlangen andererseits die Gründer die Weiterführung der Prüfung, so ist dem insoweit zu entsprechen, als die Prüfung ohne die Nachweise und Aufklärungen, über die die Meinungsverschiedenheiten bestehen, durchgeführt werden kann 2).

4. Die Bedeutung der gerichtlichen Entscheidung

Die gerichtliche Entscheidung verpflichtet grundsätzlich die Parteien. Ergibt sich jedoch aus anderen Umständen im Zuge der weiteren Prüfung, dass die von den Gründungsprüfern geforderten, bis dahin aber noch nicht gegebenen Aufklärungen und Nachweise nicht mehr notwendig zur Beurteilung der Sachlage sind, so können sie die Änderung oder Aufhebung der Entscheidung des Amtsgerichtes beantragen, denn die Entscheidung ist zwar unanfechtbar, aber nicht unabänderlich (§ 18, IFGG)

-
- 1) SCHLEGELBERGER-QUASS., a. a. O., § 27, Anm. 2; v. GODIN-WILHELMI, a. a. O., § 27, Anm. 2; FISCHER, Aktiengesetz, Grosskommentar (Berlin 1957) § 27, Anm. 2
 - 2) Die Prüfungsvorschriften der Handelskammer zu Berlin (vom 14.8.1907) enthielten den Passus, dass "bis zur ergehenden Entscheidung... die Revisoren sich jeder weiteren Tätigkeit zu enthalten (haben)". Diese - allerdings rechtlich nicht verpflichtende Anweisung - übersieht die Interessenlage der Gründer, die möglichst schnell die Gründung der Aktiengesellschaft erreichen wollen, und denen daran gelegen ist, dass die Prüfung bis auf die strittigen Punkte weitergeführt wird. Dem steht auch kein anderweitig berechtigtes Interesse auf Unterbrechung entgegen.

Geben die Gründer trotz der auf Abgabe der Aufklärungen und Nachweise ergangenen Entscheidung diese nicht ab, so können sie jedoch rechtlich nicht dazu gezwungen werden. Der Zwang wird vielmehr in tatsächlicher Hinsicht ausgeübt. Solange sie nicht der Entscheidung nachkommen, kann die Prüfung nicht durchgeführt und der Prüfungsbericht nicht erstattet werden (§ 27, I, 3 AktG). Damit können die für die Eintragung der Aktiengesellschaft erforderlichen Formalitäten nicht erfüllt werden, die Gesellschaft kann nicht entstehen.

Auch der Gründungsprüfer ist an das Ergebnis der Entscheidung des Gerichtes gebunden. Er muss dann ohne die gewünschten Aufklärungen und Nachweise die Prüfung durchführen. Er kann aber zu seiner Entlastung auf die ergangene Entscheidung verweisen. Die gegen ihn ergangene Entscheidung berechtigt ihn nicht, vom Prüfungsverhältnis zurückzutreten 1).

V. DIE HAFTUNG DER GRÜNDUNGSPRÜFER

1. Grundsätzliches

Durch die externe Gründungsprüfung soll eine ordnungsgemässe Gründung gewährleistet werden. Daher ist es notwendig, dass die mit der Durchführung der Prüfung betrauten Personen mit einer erhöhten besonderen Verantwortlichkeit belegt werden. Hierdurch können auch die Gründungsprüfer, soweit durch ihre Pflichtverletzung u. a. die volle Aufbringung des Grundkapitals nicht erfolgte, zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens herangezogen werden.

Besondere Haftungsbestimmungen sind für die Gründungsprüfer erst durch das Aktien-

1) gleicher Meinung

STAUB-PINNER, a. a. O., § 194 (HGB), Anm. 4 "müssen"; -- SCHLEGELBERGER-QUASS., a. a. O., § 27, Anm. 2 "Andererseits dürfen sich die Prüfer, wenn die Entscheidung gegen sie ausfällt, der Pflicht zur Erstattung des Berichtes nicht entziehen"; v. GODIN-WILHELM, a. a. O., "umgekehrt muss sich der Prüfer der Entscheidung fügen".

anderer Meinung

BÖHME, a. a. O., Seite 35 "Weigern sich die Revisoren... so wird die Erstattung des Berichtes von ihnen nicht erzwungen werden können mit Rücksicht auf ihre ausserhalb des Obligationsrechts liegende ... Stellung".

so auch FISCHER, a. a. O., § 27, Anm. 3: "Unbenommen bleibt es ihnen (den Prüfern), um Enthebung von ihrem Amt ... zu bitten".

Hier zeigt sich deutlich der Nachteil für die Gesellschaft, wenn man nicht die Entstehung eines Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien annimmt.

gesetz von 1937 eingeführt worden. Sie sind für die zivilrechtliche Haftung im § 42 AktG und für die strafrechtliche Haftung im § 302 AktG enthalten.

Von besonderer Bedeutung für den Schutz der Aktionäre und Gläubiger ist die Verantwortlichkeit der Prüfer gegenüber der Gesellschaft. Sie soll daher auch nachfolgend näher untersucht werden.

Die Haftung gründet sich auf den zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Prüfungsvertrag (werkvertragsähnliche Geschäftsbesorgung) 1) und den damit verbundenen Treue- und Sorgfaltverpflichtungen (§ 242 BGB), die durch die aktienrechtliche Bestimmung des § 42 AktG eine gesetzliche Erweiterung erfahren.

Zunächst muss erwähnt werden, dass sich die Bestimmung des § 42 AktG bis auf die Prüferbezeichnung wörtlich deckt mit der für die Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers erlassenen Vorschrift des § 141 AktG 2). Die Haftung des Abschlussprüfers, resultierend aus der angeführten Bestimmung ist eingehend untersucht worden 3). Die für ihn dort entwickelten Prinzipien finden auf den Gründungsprüfer auch Anwendung. Daher werden im folgenden die Grundsätze der Verantwortlichkeit - soweit sie nicht durch die Gründungsprüfung einen besonderen Inhalt erhalten - nur generell dargestellt werden.

2. Besondere Haftungsursachen

Der Gründungsprüfer einschliesslich Gehilfen und mitwirkende gesetzliche Vertreter einer Prüfungsgesellschaft sind zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung verpflichtet (§ 42, I, 1 AktG). Das hierbei anzuwendende Mass für die Gewissenhaftigkeit und damit auch für die Beurteilung einer Fahrlässigkeit richtet sich nach den Grundsätzen ordnungsmässiger Gründungsprüfung, die rechtlich zwar nicht fixiert sind, die sich aber im Laufe der Zeit seit der Einführung der Gründungsprüfung herauskristallisiert haben. Da das Mass hierfür innerhalb eines gewissen Zeitabschnittes in etwa gleich sein muss, ist es aus der herrschenden Auffassung über das Ziel und den Zweck der Gründungsprüfung wie auch aus den den Prüfern gegebenen typischen Möglichkeiten abzuleiten. Während die allgemeinen Motive seit

- 1) Die überwiegende Mehrheit der jur. Kommentatoren nimmt bekanntlich kein Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten an; damit würde auch die Vertragshaftung entfallen.
- 2) Nur der Absatz V des § 141 AktG ist im § 44 AktG enthalten und nicht im § 42 AktG.
- 3) ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a.a.O., § 141, Tz. 1-19, sowie dort im Literaturnachweis, Seite 695 ff; vgl. auch Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 1954, Seite 46 ff, sowie schliesslich alle Kommentatoren zum AktG 1937 zum § 141.

der Einführung der Prüfung als unverändert angesehen werden können, haben sich die typischen Prüfungsgrundsätze der Gründungsprüfer verschärft. Nachdem heute überwiegend die Prüfungen von Wirtschaftsprüfern durchgeführt werden, sind die von diesem Berufsstand entwickelten Grundsätze ordnungsmässiger Gründungsprüfung der Beurteilung der Gewissenhaftigkeit zugrunde zu legen. Sie haben damit auch Geltung für die Gründungsprüfer, die nicht Wirtschaftsprüfer sind, gewonnen 1). Die Verpflichtung und damit auch die Haftung für unparteiische Prüfung ergibt sich ohne weiteres aus dem Gedanken der Gründungsprüfung selbst, denn nur hierdurch kann überhaupt die mit der Prüfung beabsichtigte Gewähr gegeben werden. Gerade weil eine unparteiische Begutachtung der Gründung erreicht werden sollte, wurde die Gründungsprüfung für bestimmte Fälle obligatorisch eingeführt. Die Forderung zur unparteiischen Prüfung wirkt sich aber auch zu Gunsten der Gesellschaft aus.

Damit der Gesellschaft nun nicht etwa durch die Prüfung ein Schaden durch unbefugte Bekanntgabe und Verwertung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen entstehen kann, wurden die gegen das Gebot verstossenden Prüfer zum Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verpflichtet (§ 42, I, 3 AktG). Die Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht generell auch gegenüber dem Aufsichtsrat einer Prüfungsgesellschaft. Nur der Vorsitzende und sein Stellvertreter haben ein Recht auf Information (§ 42, III AktG). Soweit es sich allerdings um den Inhalt des Gründungsprüfungsberichtes handelt, der beim Handelsregister und der amtlichen Vertretung des Handelsstandes zu hinterlegen ist und damit der breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird, besteht eine Verschwiegenheitspflicht nicht. Sie wirkt sich insofern nur auf interne Prüfungs- und Arbeitsunterlagen aus.

3. Haftungsausmass und -begrenzung

Für den Ersatz des adäquaten, von der geschädigten Gesellschaft nachzuweisen- den Schadens haften der Gründungsprüfer, aber auch dessen Gehilfen und der evtl. mitwirkende gesetzliche Vertreter einer Prüfungsgesellschaft der geschädigten Aktiengesellschaft unmittelbar und als Gesamtschuldner, soweit diese Personen ihre Obliegenheiten verletzt haben (§ 42, I AktG). Der Prüfungsgehilfe haftet also selbständig der Gesellschaft. Die Haftung beschränkt sich demnach nicht nur auf die nach Vertragsrecht (§ 278 BGB) für den Erfüllungsgehilfen bestehende Vorschrift. Danach könnte nur der Gründungsprüfer allein für den durch den Erfüllungsgehilfen verursachten Schaden herangezogen werden.

1) so auch SIMON, Fr., Die Gründungsbilanz und die Gründungsprüfung bei der Aktiengesellschaft in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 1. Jahrgang (1949), Seite 109

Sind mehrere Gründungsprüfer und -gehilfen tätig gewesen, so haften nur die, die einen Schaden verursacht haben 1), es sei denn der eine Teil hätte vertragsrechtlich für den anderen die Haftung zu tragen (z.B. § 278 BGB). Auch die Haftung nach § 31 BGB für einen gesetzlichen Vertreter einer Prüfungsgesellschaft, der seine eigenen Obliegenheiten verletzt hat, bleibt durch § 42 AktG unberührt.

Im internen Verhältnis hängt die Schadenstragung der einzelnen Personen davon ab, wieweit entweder die vertraglichen Vereinbarungen gehen (Anstellungsverträge der Prüfungsgehilfen u. ä.) oder der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist (vgl. § 254 BGB) 2). In der Regel wird auch der Einwand des mitwirkenden Verschuldens von den nach §§ 39-41 AktG Verantwortlichen gegeben sein, so dass hierdurch die Haftung der Gründungsprüfer eine interne Begrenzung erfährt.

Die vertragliche wie die gesetzliche Haftung nach § 42 AktG umfasst vorsätzliche und fahrlässige Schädigung. Wieweit dabei die Fahrlässigkeit geht, wurde bereits untersucht. Soweit nur fahrlässig gehandelt worden ist, beschränkt sich die Haftung auf DM 100.000, -- für eine Prüfung, auch dann, wenn mehrere Personen beteiligt gewesen oder mehrere zum Ersatz verpflichtende Handlungen begangen worden sind und schliesslich ohne Rücksicht darauf, ob andere Beteiligte vorsätzlich gehandelt haben (§ 42, II AktG). Die Begrenzung hat ihre Ursache in dem Interesse des Gründungsprüfers. Es würde sich sonst bei unbegrenzter Haftpflicht für Fahrlässigkeit kaum ein qualifizierter Gründungsprüfer (und auch keine Versicherungsgesellschaft) finden lassen. Damit wäre dann auch nicht den an der Prüfung interessierten Kreisen gedient.

Um die mit den Haftungsbestimmungen gegebene Gewähr für den Ersatz des Schadens nicht a priori wieder zunichte zu machen, hat der Gesetzgeber bestimmt, dass die Ersatzpflicht nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (§ 42, IV AktG). Hierher gehört auch ein Vergleich. Die Ersatzansprüche verjähren erst fünf Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister (§ 44 AktG). Ein einseitiger Verzicht auf den Anspruch gegen den Gründungsprüfer ist seitens der Gesellschaft möglich, im Gegensatz zu den Ansprüchen der

1) BAUMB.-HUECK, a.a.O., § 42, Anm. 4

2) An sich gilt § 426 BGB "Gesamtschuldner sind zu gleichen Anteilen verpflichtet", der § 254 BGB wird aber hier allgemein analog angewandt.

PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, (Beck'sche Kurz-Kommentare) München und Berlin 1958, § 426 (BGB), Anm. 3 b; RITTER, a.a.O., § 42, Anm. 7 "Bei der Ausgleichung ... ist § 254 BGB anzuwenden"; v. GODIN-WILHELM a.a.O., Vorbem. zu §§ 39 - 41, Anm. 9 "Eine erhebliche Rolle spielt § 254 BGB".

Gesellschaft nach §§ 39 - 41 AktG (§ 43 AktG). Wenn auch bei einem Verstoss der nach § 42 AktG verantwortlichen Gründungsprüfer in der Regel auch ein Verstoss der nach §§ 39 - 41 AktG Verantwortlichen vorliegen dürfte, ist nicht einzusehen, warum nicht die den Verzicht und Vergleich einschränkenden Regelungen des § 43 AktG vom Gesetzgeber auch auf die Gründungsprüfer ausgedehnt wurden 1). In gleicher Weise entfällt die Möglichkeit der Hauptversammlung oder einer Minderheit, auf die Geltendmachung der Ersatzansprüche gegenüber den Gründungsprüfern durch die Gesellschaft einzuwirken (Hinweis auf § 42 AktG fehlt in § 122 AktG). Die bisher wohl noch nicht aufgefallene Inkonzsequenz des Gesetzgebers tritt dadurch offen zu Tage, dass er der Hauptversammlung und einer Minderheit dagegen das Recht gibt, die Geltendmachung materiell ganz gleicher Ansprüche gegenüber dem Nachgründungsprüfer verlangen zu können. (§ 122 AktG regelt u. a. die Behandlung der Ansprüche der nach § 46 AktG verpflichteten Personen, zu denen laut § 46 AktG auch die Nachgründungsprüfer gehören.)

9. KAPITEL

Der formelle und materielle Prüfungsinhalt

I. VORBEMERKUNGEN ZUM PRÜFUNGSUMFANG

Der mit der Prüfung u. a. besonders verfolgte Zweck, nämlich die sichere Aufbringung des Grundkapitals, ist schon verschiedentlich hervorgehoben worden. Nach diesem Zweck richtet sich nun das Prüfungsziel und damit der Prüfungsumfang aus: Die Prüfung muss so angelegt sein, dass mit ihrer Beendigung der Gründungsprüfer einen umfassenden und vollständigen Überblick über den gesamten Gründungsvorgang hat. Er muss aus dieser gewonnenen Kenntnis heraus zu dem Ergebnis kommen können, dass die Gründung den gesetzlichen Vorschriften entspricht.

Die Prüfung ist dabei hinsichtlich Umfang und Prüfungsweise so vorzunehmen, wie Treu und Glauben, Verkehrssitte und der genannte Prüfungszweck es erfordern. Der Gesetzgeber gibt hierfür keine in das einzelne gehende Prüfungsanweisung. Er schreibt nur vor, dass der Hergang der Gründung zu prüfen ist (§ 25, I AktG) und "namentlich" bestimmte Gründungsvorgänge besonders begutachtet werden müssen (§ 26, I AktG). Die Aufzählung ist also nicht abgeschlossen.

1) so auch RENN, H., Die Aufbringung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft - unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Bestimmungen zur Gewährleistung der sicheren Aufbringung bei der Gründung, München 1954, Seite 126.

Die Prüfung durch den Gründungsprüfer ist hinsichtlich Umfang und Inhalt grundsätzlich mit der des Vorstandes und Aufsichtsrates gleich 1). Das Gesetz macht zwischen beiden keinen Unterschied. Auch die Prüfungsberichte können weitgehend ja selbst wörtlich übereinstimmen 2). Die Berichte des Vorstands und des Aufsichtsrats sind meist sogar in einem Bericht vereint. Dagegen wird der Bericht der externen Gründungsprüfer in der Praxis immer gesondert gefertigt. Die Prüfer haben auch die Berichte des Vorstands und des Aufsichtsrats noch in ihre Prüfung einzubeziehen und sich hierüber zu erklären (§ 31, II AktG). Die Berichte der beiden Gesellschaftsorgane müssen daher bereits für die externe Gründungsprüfung vorliegen.

Die Prüfung ist nach zwei Gesichtspunkten vorzunehmen. Sie hat einmal nach formellen und zum anderen nach materiellen Grundsätzen zu erfolgen. Die formelle Prüfung umfasst hauptsächlich die Feststellung, ob alle Angaben und Feststellungen vollständig gemacht worden sind. Materiell ist dagegen die Prüfung, ob die Angaben inhaltlich richtig und besonders, ob die seitens der Gesellschaft zu gewährenden Leistungen angemessen sind. Der Prüfer hat hier also zu einem wertmässigen Urteil zu kommen.

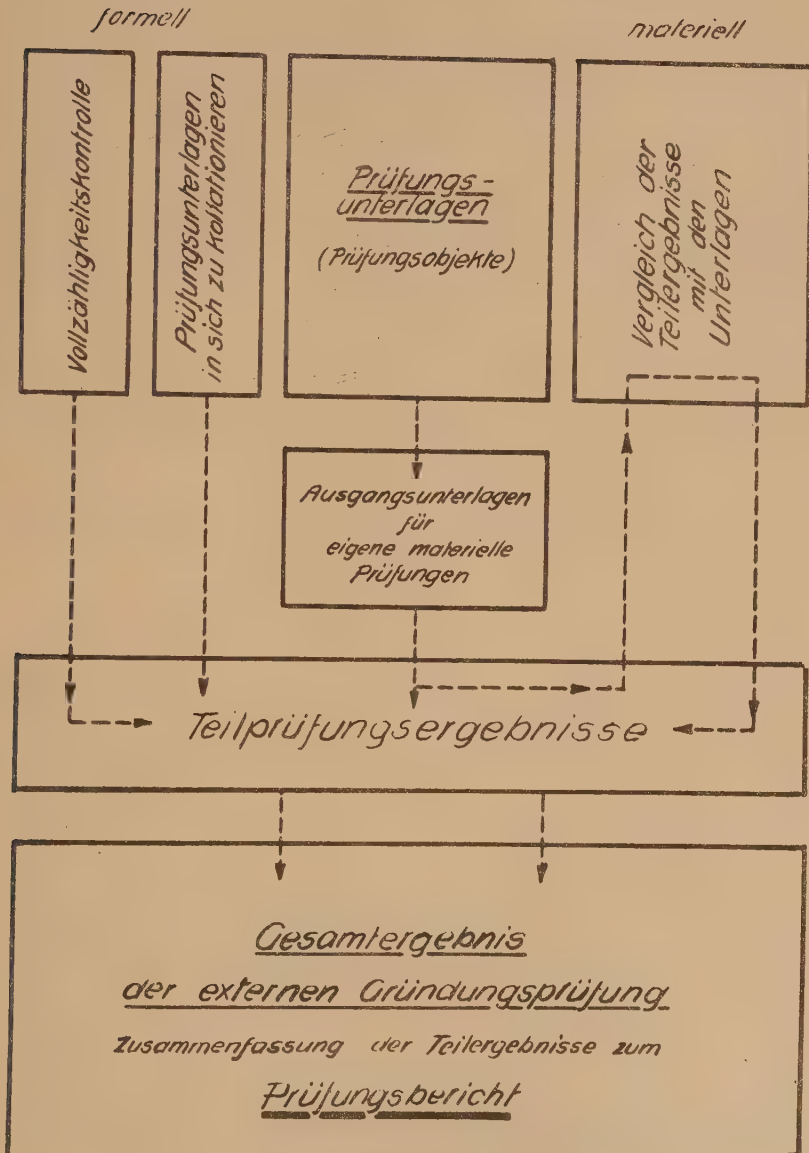
An Hand der auf Seite 111 gebrachten schematischen Skizze soll der Aufbau der Prüfung und der Zusammenhang der einzelnen formellen und materiellen Prüfungshandlungen, die mit ihren Teilergebnissen zum Gesamtergebnis der Prüfung führen, verdeutlicht werden.

II. DIE FORMELLE VOLLZÄHLIGKEITSKONTROLLE

Die formelle Prüfung zielt hauptsächlich auf die Feststellung der Vollzähligkeit aller Urkunden und Schriftstücke ab, die gemäss § 29, II AktG und bei der Stufen Gründung noch zusätzlich gemäss § 30, V AktG der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen sind. Diese Unterlagen sind sodann besonders auf ihre inhaltliche Übereinstimmung untereinander abzustimmen. Die Urkunden und Schriftstücke

-
- 1) HACHENBURG, Das Handelsgesetzbuch, III. Band, 1. Teil (1934), § 193 (HGB), Anm. 1 "Auf der anderen Seite führt die dem Vorstand und Aufsichtsrat obliegende Sorgfalt zu manchem Einblick und manchem Eindringen, welche den Revisoren nicht zugänglich sind. Die Vernachlässigung dieser gereicht Vorstand und Aufsichtsrat zum Vorwurf, wo die Revisoren entschuldigt sind".
 - 2) STAUB-PINNER, a. a. O., § 193 (HGB), Anm. 4 "Die Benutzung derselben Urkunde (gemeint ist, des gleichen Berichtes, wie Vorstand und Aufsichtsrat) ist aber nicht ausgeschlossen"; HACHENBURG, a. a. O., § 193 (HGB), Anm. 4 "Juristisch kann der Inhalt in gleicher Weise formuliert werden".

Skizzierung des Aufbaues der externen Gründungsprüfung



stellen gleichzeitig für den Prüfer die Unterlagen für die weitere Prüfung dar.

Mit dem ersten Prüfungsgang, der Feststellung, dass alle Unterlagen vorhanden sind, lässt sich sofort eine weitere, mehr schon materielle Prüfungshandlung verbinden, nämlich die Prüfung, ob die Unterlagen hinsichtlich ihres allgemeinen Inhaltes mit den gesetzlichen Mindestforderungen übereinstimmen. Für manche Unterlagen kann damit schon die Prüfung abgeschlossen sein, bei manchen anderen hat aber erst daran anschliessend die eigentliche Prüfung zu beginnen, die sich auf die Feststellung der Gesetzmässigkeit der verzeichneten Vorfälle bezieht.

Bei den Unterlagen ist nun zu unterscheiden zwischen solchen, die auf Grund gesetzlicher Vorschriften für alle Gesellschaften vorhanden sein müssen und solchen, die der Prüfer entweder vorfindet oder auf Grund seines pflichtgemässen Ermessens für die Durchführung seiner Prüfung braucht und daher anfordern muss, z.B. Bilanzen und Inventare der einzubringenden Unternehmen, Grundbuchauszüge u. a. m. Diese letzteren Unterlagen hängen ganz von dem individuellen Fall ab. Sie ergeben sich teils erst im Laufe der Prüfung und können daher auch nicht im einzelnen a priori angegeben werden.

III. DIE PRÜFUNG DER AKTIENÜBERNAHME BZW. -ZEICHNUNG UND DIE BAREINZAHLUNG

1. Die Aktienübernahme bzw. -zeichnung

Der Prüfer hat sich zunächst davon zu überzeugen, ob bereits von den Gründern bei der Feststellung der Satzung (§ 16, II AktG) oder später durch besondere Beurkundung (§ 22, II AktG) sämtliche Aktien übernommen worden sind. Ist das geschehen, so liegt eine Einheitsgründung vor. In der ihm vorliegenden Urkunde sind alle Beteiligten, die Aktien übernommen haben, genau aufgezeichnet mit den Beträgen, die sie übernommen haben.

Bei der Stufengründung übernehmen die Aktionäre, die die Satzung festgestellt haben, nicht alle Aktien (§ 30, I AktG). Hier liegen dem Prüfer für den übrigen Teil des Grundkapitals die doppelt ausgestellten Zeichnungsscheine vor.

Die Zeichnungsscheine müssen eigenhändig durch Namensunterschrift von den Zeichnern unterzeichnet sein (§ 126 BGB). Der Prüfer hat dies festzustellen, sowie dabei darauf zu achten, dass die Zeichnung nicht von einem Zeichner mit einem gesetzlich unzulässigen Vorbehalt versehen worden ist und schliesslich, dass die Zeichnungsscheine selbst den gesetzlich vorgeschriebenen notwendigen Inhalt haben (§ 30, II, 3, Ziff. 1-5 AktG).

Seine Hauptprüfung hat sich aber, im Zusammenhang mit den hier zunächst geschilderten Prüfungshandlungen, darauf zu richten, ob wirklich durch die Aktienübernahme bzw. Zeichnung die volle Aufbringung des Grundkapitals gesichert ist. Liegt eine Einheitsgründung vor, so ist der Personenkreis der Aktienübernehmer klein und die Nachprüfung relativ leicht. Hat der Prüfer bei der kritischen Durchsicht der Unterlagen Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Gründer, so ist er zu weiteren Nachforschungen verpflichtet. Das wirtschaftliche Auskunftswesen, wie auch Bankauskünfte u. ä. können ihm dabei entsprechend dienen. Liegt eine Stufengründung mit einem neben den Gründern bestehenden grossen Zeichnerkreis vor, so ist jedenfalls keine vollständige Nachprüfung der Zeichner auf ihre Zahlungsfähigkeit zu fordern. Die von dem Prüfungswesen entwickelte Methode der repräsentativen Stichprobenprüfung reicht hier vollständig aus, besonders wenn man durch Konzentration der Prüfung auf Zeichner mit grossen Beträgen den überwiegenden Teil des Grundkapitals nachprüfen kann 1).

Soweit der Prüfer bei einem Gründer oder Zeichner eine Zahlungsunfähigkeit festgestellt hat, bedeutet dies nicht immer, dass eine Scheinzeichnung vorliegen muss. Möglich ist auch bei einem Zahlungsunfähigen der ernstliche Wille zum Zeichnen, vielleicht weil er für einen Hintermann zeichnet, der sich ihm gegenüber zur Zahlung des erforderlichen Geldes verpflichtet hat.

Auf jeden Fall ist man heute von der früher vorherrschenden Ansicht 2), dass eine vollständige Nachprüfung der Zahlungsfähigkeit notwendig ist, abgekommen und verlangt nur eine weitergehende Nachprüfung bei Vorliegen von Zweifeln 3).

2. Die Bareinzahlung

Es ist nicht erforderlich, dass die gesetzlich vorgeschriebene Mindestbareinzahlung von 25 % des Nennbetrages zuzüglich des Agios bereits zum Zeitpunkt der Gründungsprüfung geleistet sein muss. Der späteste Termin ist vielmehr der Zeitpunkt der Anmeldung (§ 29, II AktG).

-
- 1) Besonders bei juristischen Personen als Zeichner oder Aktienübernehmer ist grössere Vorsicht geboten, z.B. weil deren Aktien- oder Stammkapital erheblich niedriger ist, als der gezeichnete Betrag (RGZ 144, 352 und 354).
 - 2) SATTLER, a.a.O., S. 55; HERGENHAHN, a.a.O., S. 641; ROSENWALD, a.a.O., S. 40; RITTER, a.a.O., § 26, Anm. 2 aber schon eingeschränkter "soweit es mit zumutbaren Mitteln möglich ist".
 - 3) STAUB-PINNER, a.a.O., § 193, (HGB), Anm. 2; HACHENBURG, a.a.O., § 193, (HGB), Anm. 7 "Sie dürfen überhaupt diese Kontrolle Vorstand und Aufsichtsrat überlassen"; v. GODIN-WILHELM, a.a.O., § 26, Anm. 1; FISCHER, Aktiengesetz, Grosskommentar (1957), § 26, Anm. 2

Ist jedoch bereits bis zur Prüfung die Einzahlung erfolgt, so hat der Prüfer sich auch mit ihr zu befassen. Schliesslich entfällt dann auch, soweit eingezahlt worden ist, die Prüfung der Zahlungsfähigkeit der Unternehmer bzw. Zeichner.

Der Prüfer hat festzustellen, ob der gesetzlich bzw. satzungsmässig eventuell höher vorgeschriebene Betrag auch von jedem einzelnen Gründer bzw. Zeichner entsprechend seiner Beteiligung eingezahlt worden ist. Bei der Stufengründung hat er ferner die Einzahlung auch zu vergleichen mit den Angaben laut Aktionärsverzeichnis (§ 30, V AktG).

Die Einzahlung der Bareinlagen kann nur erfolgen entweder durch unmittelbare Hingabe von gesetzlichen Zahlungsmitteln oder durch Gutschrift auf ein inländisches Bankkonto oder Postscheckkonto der Gesellschaft (Gründervereins) oder des Vorstands (in seiner Gesamtheit) (§ 49, III AktG). Es ist dabei nachzuweisen, dass der Vorstand, der als Treuhänder für die entstehende Gesellschaft fungiert, nicht in der Verfügung über den eingezahlten Betrag, namentlich nicht durch Gegenforderungen beschränkt ist (§ 29, I, 2 AktG). Für den Fall, dass die Einzahlung durch Gutschrift auf einem Bankkonto erfolgte, muss der Vorstand von der Bank eine schriftliche Bestätigung fordern, dass er hinsichtlich des eingezahlten Betrages keinen Verfügungsbeschränkungen irgendwelcher Art unterliegt. Ist die Einzahlung auf einem Postscheckkonto der Gesellschaft oder des Vorstandes erfolgt, reicht der Postscheckauszug zusammen mit dem Gutschriftszettel aus. Ist das Geld bar eingezahlt worden (nach § 49, III, 1 AktG möglich), so reicht die Vorlage des Kassenbuches zusammen mit einer entsprechenden Versicherung des Vorstands aus, soweit das Geld nicht inzwischen bei einer Bank eingezahlt worden ist. Die Zahlung mittels Scheck dürfte jedenfalls dann als ausreichend angesehen werden, wenn es zeitlich möglich ist, den Scheck zur Bank zum Einzug zu geben und kein Scheckprotest mehr möglich ist. In diesem Fall haftet die Bank ja auch auf Grund ihrer Bescheinigung. Letztlich erfolgt hier die Zahlung durch Wirksamwerden der Gutschrift des Schecks.

IV. DIE PRÜFUNG DER SACHEINBRINGUNGEN

1. Begriff der Sacheinbringungen 1)

Bevor auf die Prüfungsgrundsätze im Zusammenhang mit den Sacheinbringungen

-
- 1) Was alles Sacheinbringungen sein können, wird sehr ausführlich von BING, Das Handelsgesetzbuch, III. Band, 1. Teil (1934), § 186 (HGB), Anm. 25-51 und neuerdings von FISCHER, Aktiengesetz, Grosskommentar (1957), § 20, Anm. 6-12, gebracht. Es kann daher hier auf diese Ausführungen verwiesen werden.

eingegangen werden soll, ist zunächst der Begriff der Sacheinbringungen selbst klarzustellen. Die Sacheinbringungen unterteilt man in die Sacheinlagen und in die Sachübernahmen. Ihr Begriff ist vom Gesetzgeber im § 20 AktG näher umschrieben worden. Demnach sind:

- a) **Sacheinlagen**, Einlagen, die nicht durch Einzahlung des Nennbetrages oder des höheren Ausgabebetrages (Agio) der Aktien in bar zu leisten sind.

"Das Wesen der Sacheinlagen zur Geldeinlage besteht darin, dass bei ihr der Aktionär eine Aktie übernimmt, ohne eine Einlage in Geld zu leisten" 1). Die Gegenleistung für die Sacheinlage ist die Gewährung eines Mitgliedschaftsrechtes.

- b) **Sachübernahmen**, die Übernahmen von vorhandenen oder herzustellen- den Anlagen oder sonstigen Vermögensgegenständen durch die Gesellschaft.

Das Wesen der Sachübernahme ist zur Sacheinlage völlig verschieden. "Die Sachübernahme bedeutet die Übernahme von Vermögensgegenständen seitens der in Entstehung begriffenen Gesellschaft von einer Person, die der Gesellschaft - auch wenn sie zugleich Aktionär ist - nicht als Mitglied, sondern als Dritter gegenübersteht" 2). Es handelt sich hier um einen rein schuldrechtlichen Vertrag (Kauf, Miete, Werkvertrag u.a.m.), der hinsichtlich seines Inhaltes den normalen Rechtsnormen unterliegt. Nur bezüglich seines rechtlichen Entstehens ist für ihn die Aufnahme in der Satzung vorgeschrieben. Ohne sie wäre der Vertrag unwirksam.

Die wesentlichste Aufgabe der gesamten Gründungsprüfung ist die Prüfung der Sacheinbringungen und hier wiederum die Prüfung ihrer Bewertung. Es soll damit sichergestellt werden, dass nicht etwa von dieser Seite her es nicht zur Vollaufbringung des Grundkapitals kommt und so die Gläubiger und zukünftigen Aktionäre geschädigt werden.

Auf das mangelnde Erkenntnisvermögen dieser Gruppen also hat der Gesetzgeber die Vorschriften über die Sacheinbringungen und deren Prüfung abgestellt. Damit lässt er den Gruppen, die auf Grund der Machtverhältnisse nicht handlungsfähig sind, seine besondere Fürsorge zuteil werden. Die Interessen Dritter werden hier zur rechtsgestaltenden Kraft. Der Gesetzgeber hat daher von sich aus an die Stelle jener, die in diesem Stadium nicht handeln können, die Prüfer gesetzt 3).

1) SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 20, Anm. 2

2) wie vor, Anm. 6

3) MÜLLER-ERZBACH, "Mitgliedschaft", a.a.O., Seite 97, besonders S. 104

2. Die Prüfung der Bewertung der Sacheinbringungen

a) Der allgemeine Bewertungsgrundsatz der Angemessenheit

Die Frage, nach welchen Grundsätzen die Bewertung der Sacheinbringungen zu erfolgen hat, ist nicht nur für den Gründungsprüfer, sondern ganz generell wichtig. Gibt es Mindest- oder Höchstbewertungsvorschriften für die Sacheinbringungen? Wie hat der Prüfer vorzugehen?

Das Aktiengesetz bestimmt zunächst nur, dass die für eingelegte oder übernommene Gegenstände zu gewährenden Gegenleistungen angemessen sein sollen (§ 24, II, 1 AktG und § 26, I, Ziff. 1 AktG). Diese Vorschrift ist zunächst schon einmal nicht vollkommen klar, denn sie kann ein doppeltes Gesicht haben. Nach der allgemeinen Aktienrechtsmaxime, besonders im Gründungsstadium, bedeutet die Bestimmung auf alle Fälle, dass die für Sacheinbringungen gewährten Gegenleistungen in Form von Aktien und Leistungsversprechen nicht unangemessen hoch sein dürfen, um so die Vollaufbringung des Grundkapitals nicht zu gefährden. Dürfen sie aber unter diesem angemessenen Wert liegen? Der entstehenden Aktiengesellschaft kann es an sich nur recht sein, wenn sie möglichst vorteilhaft die Gegenstände erwerben kann. Sie erhält so bereits im Gründungsstadium stille Reserven übertragen. Geht der klare Wille der Beteiligten dahin, dies zu wollen, so ist eine solche Bewertung auf alle Fälle in Ordnung.

Es kann nämlich aber auch sein, dass einzelne Gründer von den anderen bestimmt werden, Sacheinbringungen zu für sie ungünstigen Bedingungen zu machen, ohne dass sie das volle Ausmass dieser Bedingungen erkennen können. Gerade die spätere Wechselwirkung zu anderen relativ günstigeren (aber auch noch angemessenen) Bedingungen gemachten) Sacheinbringungen bzw. Bareinzahlungen wird oft übersehen¹⁾. Hier zeigt sich die zweite Seite der Angemessenheitsprüfung, die der Prüfer beachten muss und auch in seinem Bericht mit zu berücksichtigen hat.

1) Ein extremes Beispiel soll das kurz erläutern:

A, B und C gründen eine Aktiengesellschaft.

A bringt sein laufendes Unternehmen ein zu DM 1.000.000, --. Der angemessene Einbringungswert wäre dagegen höher und zwar DM 2.000.000, --, u. a. ermittelt aus einem jährlichen Ertrag von DM 150.000, --.

B bringt eine Lizenz zu DM 1.000.000, -- ein, ein Betrag, der dem angemessenen Wert entspricht. Dieser ist u. a. ermittelt worden aus dem erzielbaren jährlichen Nutzen von DM 75.000, --.

C bringt schliesslich bar DM 1.000.000, -- ein, mit dem ein 10 %iger Bankkredit, der bei A mit übernommen werden musste, abgelöst werden kann.

Bisher wurde immer die Aufgabe des Prüfers besonders herausgestellt, ja zu Gunsten der zukünftigen Aktionäre und Gläubiger darauf zu achten, dass die Vollaufbringung des Grundkapitals sichergestellt wird. Es gibt aber auch Fälle, bei denen die die Gründung betreibenden Kräfte sehr zu ihren Vorteil bestrebt sind, schon gut laufende Unternehmen durch Kauf möglichst günstig ganz zu übernehmen oder doch wenigstens den beherrschenden Einfluss auf sie zu gewinnen.

Der Prüfer hat aber gerade deshalb zumindest in seinem Bericht darauf hinzuweisen, dass besondere Reserven vorhanden sind und in etwa auch ihre Grössenordnung anzuführen. Schliesslich "in den gesetzlichen Bestimmungen heisst es ganz deut-

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 116

Welche Auswirkungen ergeben sich nun durch die unter dem angemessenen Wert eingebrachte Fabrik des A?

Lässt man sämtliche anderen Einwirkungen ausser Acht, so stellt sich das erste Jahresergebnis wie folgt:

Gewinn aus der Fabrik des A	DM 150.000, --
Nutzen aus der Lizenz des B	75.000, --
Zinsersparnis durch Einlage des C	100.000, --
Jahresergebnis	<u>DM 325.000, --</u>

Das Ergebnis ist nun zu verteilen:

<u>1. Bei der Regelung nach dem Vertrag</u>	<u>A</u> DM	<u>B</u> DM	<u>C</u> DM	<u>Gesamt</u> DM
nach Kapital- verteilung	(1.000.000, -)	(1.000.000, -)	(1.000.000, -)	(3.000.000, -)
Ergebnisverteilung	<u>108.333,34</u>	<u>108.333,33</u>	<u>108.333,33</u>	<u>325.000,-</u>
<u>2. Bei der Regelung nach angemessenen Grundsätzen</u>				
nach Kapital- verteilung	(2.000.000,-)	(1.000.000,-)	(1.000.000,-)	(4.000.000,-)
Ergebnisverteilung	<u>162.500,-</u>	<u>81.250,-</u>	<u>81.250,-</u>	<u>325.000,-</u>
<u>Verschiebung</u>	<u>+</u> <u>54.166,66</u>	<u>./. 27.083,33</u>	<u>./. 27.083,33</u>	<u>0,-</u>

Durch die Regelung nach dem Vertrag wird A gegenüber B und C in den Folgejahren benachteiligt, da der Wert seiner Fabrik zu einem unter dem angemessenen Wert liegenden Betrag eingebracht worden ist, während B und C in angemessener Höhe für ihre Einbringungen Aktien erhielten.

lich, dass die Angemessenheit der gezahlten Vergütung zu prüfen ist. Das trifft sowohl für die Über- als auch für die Unterbewertungen zu" 1). Diese Angabe im Prüfungsbericht reicht dann aber vollständig aus. Mehr kann der Gründungsprüfer - soweit nicht eine unerlaubte Handlung vorliegt (§ 826 BGB) 2) - unmittelbar zu Gunsten der benachteiligten Verkäufer nicht unternehmen.

An dieser Stelle muss auch noch auf eine andere Wirkung einer zu niedrigen Einbringung, also einer solchen mit buchhalterisch nicht festgehaltenen stillen Reserven, hingewiesen werden, die von dem Gründungsprüfer mit zu beachten ist. Zu hohe stille Reserven können insofern zur Schädigung führen, als in den folgenden Jahren sich diese herauskehren und zu Gewinnen, die nicht besonders bedingt sind, führen, die aber dann voll versteuert werden müssen. Das führt zu einem Abzug von liquiden Mitteln, der zu einer echten Störung im Getriebe der neuen Gesellschaft führen kann 3).

Ein besonderes Motiv für die zu niedrige Bewertung kann auch sein, dass die Anlaufjahre der neuen Unternehmung mit aussergewöhnlich hohen Kosten verbunden sind und durch diese Reserven besser auspariert werden können 4). Diese Massnahme kann aber auch übertrieben werden mit der Absicht, in den kommenden Jahren eine Rentabilität vorzutäuschen, die auch zukünftig gar nicht erzielt werden kann 5), da es sich um einen Verlustbetrieb handelt. So kann also das, was zunächst nützlich erscheint, in Wirklichkeit dolose Ursachen haben. Es ist hier zunächst zusammenfassend festzustellen, dass die Sacheinbringungen im Hinblick auf die Gesellschaft höchstens zu einem angemessenen Werte übernommen werden dürfen. Werden sie jedoch zu einem an sich zulässigen niedrigeren Werte übernommen, so ist der Prüfer verpflichtet, den wirklich dahingehenden Willen der Einbringer zu erkunden und im Prüfungsbericht darauf hinzuweisen, damit er nicht auf Grund der späteren Folgen haftbar gemacht werden kann.

1) Mitteilungen aus dem Treuhandseminar von Schmalenbach, ZfHuPr. 1939, Seite 192

2) wie vor, mit einem Beispiel aus der Praxis. In diesem Fall kam es überdies durch die starke Unterbewertung später zu schweren Schädigungen des Unternehmens und der Gläubiger.

3) SIMON, Fr., Die Gründungsbilanz und die Gründungsprüfung bei der Aktiengesellschaft in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 1. Jahrgang, 1949, Seite 103

4) SIMON, a. a. O., Seite 106

5) ZAHN, a. a. O., Seite 345, kritisiert die Revisoren, denen zu niedrige Bewertungen stets "als besonders unbedenklich" erschienen.

b) Die Umschreibung des speziell angemessenen Wertes

Nummehr muss versucht werden, den speziell angemessenen Wert selbst näher zu umreissen. Er ist dabei als äusserst zulässiger Höchstwert zu sehen. Wie hoch darf nun allerhöchstens eine Sacheinbringung bewertet werden, damit sie noch von dem Prüfer als angemessen bewertet bezeichnet werden kann? Lassen sich für die Beantwortung nähere rechtliche Grundlagen finden?

Die allgemeinen aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften, wie sie zum Jahresabschluss üblich sind (§ 133 AktG), können hier nach Lage des Falles und auch nach dem Zweck grundsätzlich nicht zum Zuge kommen. Andererseits macht der Gesetzgeber für diesen speziellen Fall nur ganz vage Andeutungen, aus welchen Werten etwa ein angemessener Wert ermittelt werden kann.

Er fordert so auf alle Fälle die Angabe der Anschaffungs- und Herstellungskosten aus den letzten beiden Jahren für die einzubringenden Gegenstände (§ 24, II, 2 AktG) 1). Hier klingt die Vorstellung eines Substanz- bzw. Verkehrswertes an.

Als weitere Angaben fordert der Gesetzgeber bei Übergang eines Unternehmens auf die neue Gesellschaft die Angabe des Betriebsertrages aus den letzten beiden Geschäftsjahren (§ 24, II, 2 AktG). Das gilt auch für selbständige Unternehmens-
teile 2). Die Angabe soll also Dritten die Möglichkeit bieten, sich wenigstens eine

1) Das gilt auch für die Übernahme von Dritten, dagegen

Hbg HRB 77 08

eingetragen am 27.10.1955

Grundkapital: DM 4.000.000,--

Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Externer Prüfungsbericht (Tz. 64)

Zur Angabe der Anschaffungs- und Herstellungskosten

'.. nur dann von Bedeutung sind und angegeben zu werden brauchen, wenn die betreffenden Wirtschaftsgüter von einem Gründer eingebracht oder an die Gesellschaft veräussert werden'. Dagegen von Dritten 'nicht nur überflüssig, sondern oft gar nicht möglich'.

2) Vgl. hierzu: OLG Jena II. C.S. v. 30.III.1901, abgedruckt in ZfH VIII. Jahrgang, Seite 225:

Der Betriebsertrag ist nicht nur zu ermitteln und anzugeben, wenn ein bestehendes Unternehmen ungeteilt "geschlossen, d.h. so wie es bestanden hat, ohne Abtretung einzelner Teile, eingelegt oder übernommen werde. Legt der Besitzer eines grösseren Unternehmens dieses nicht geschlossen in eine Aktiengesellschaft ein, sondern trennt er davon vor der Einlegung einzelne Teile ab, so besteht die Pflicht, die Betriebserträge anzugeben, trotzdem, wenn das eingelegte Teil sich noch als Unternehmen darstellt". Hierbei ist nicht entscheidend "ob die Erträge in den Büchern festgestellt sind, es genügt, dass

umrisshafte Vorstellung über den Ertragswert des zu übernehmenden Unternehmens zu machen 1). Auf Grund der Wichtigkeit dieser Angaben müssen diese daher von dem Gründungsprüfer auf ihre ordnungsgemäße Ermittlung geprüft werden. Die Gründungsprüfung kann sich somit automatisch zu einer Prüfung dieser Geschäfts-

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 119

sie sich feststellen lassen". Würde man die Bestimmung des Gesetzes nicht dahingehend auslegen, so würde dies "voraussichtlich zur Umgehung des Gesetzes benutzt werden... nur, um der Strenge von Offenlegungspflicht zu entgehen".

- 1) Dagegen wird oft verstossen. Vielfach lässt man das alte Unternehmen weiter bestehen und überträgt nur - allerdings die wichtigsten. - Betriebsteile (teils ohne Nachgründungsprüfung) und das Hauptpersonal auf die eingetragene Gesellschaft. So umgeht man die Angabe der alten Erträge - oder Verluste.

Beispiele

- a) Bln HRB 90 09 eingetragen am 2. 6. 1956
 Aktienkapital DM 100.000, --
 Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Aus dem Geschäftsbericht für 1956

"Unser Unternehmen führte zunächst die Bauaufgaben, die wir von der früheren ... mit Wirkung vom 1. Januar 1956 (AG am 2. 6. 1956 eingetragen) übernommen hatten, aus ...

Von unserer Mitgründerin, der ... GmbH, hatten wir das Stammpersonal - darunter Mitarbeiter bis zu 20 Dienstjahren - übernommen. ...

Unter den Zugängen ... ist der von der früheren ... GmbH käuflich erworbene Geräte- und Maschinenpark ... enthalten".

Betriebserträge der früheren ... GmbH wurden nicht bekanntgegeben.

- b) Bln HRB 90 43 eingetragen am 19. 7. 1956
 Sacheinbringungen: DM 7.515.000, --
 Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

In dem externen Prüfungsbericht heisst es zwar (Tz. 18): "Die Wertansätze der Gründer berücksichtigen zusätzlich die Ertragsaussichten ..." Die Erträge der Vorbesitzerin werden aber nicht angegeben, obwohl die wesentlichsten Betriebsgrundlagen (komplette Abteilungen, Teilbetriebe etc.) übernommen wurden.

Bemerkung

Die entsprechende gesetzliche Bestimmung des § 24, II, 2 AktG sollte daher besser lauten: ... im Fall des Übergangs eines Unternehmens oder wesentlicher Teile eines solchen..

jahre erweitern, wenn keine anderweitig geprüften Jahresabschlüsse vorliegen.

Die bisherige Untersuchung ermöglicht es nun, die Grenzen, in denen der Gesetzgeber den "angemessenen Wert" normalerweise liegen sieht, festzustellen. Er liegt zwischen dem Substanz- bzw. Verkehrswert einerseits und dem kapitalisierten Ertragswert andererseits, wobei der letztere einmal höher und einmal niedriger als der erste liegen kann. Schliesslich ist auch erkennbar, dass der Gesetzgeber bei Übergang eines ganzen Unternehmens mehr zum Ertragswert tendiert als etwa zum Substanzwert. Er verlangt aber nicht ausdrücklich die Bewertung zu dem einen oder anderen Wert. Besondere Umstände, die dargelegt werden müssten, können auch einen höheren oder nur einen niedrigeren Wert als angemessen erscheinen lassen 1).

Für den Prüfer ist damit für den gegebenen Einzelfall trotzdem noch keine konkrete Einzelbewertungsanweisung gefunden. Auch die allgemeinen handelsrechtlichen Bewertungsgrundsätze (etwa § 40, II HGB) helfen nicht weiter. Die Hauptentscheidung für die Klärung der Frage, was im Einzelfall "angemessen" ist, kön-

1) Beispiel

Hbg HRB 77 08 eingetragen am 27.10.1955
Sachübernahmen: DM 4.000.000, --
Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Aus dem externen Prüfungsbericht (Tz. 43)

"Die Gründer sind der Meinung, dass gegen die der Übernahme zugrunde liegenden Wertansätze nichts eingewendet werden kann, selbst wenn man in Betracht ziehen würde, dass die GmbH in 1953 einen Verlust von DM 431.073, -- und in 1954 einen Verlust von DM 547.834,51 erlitten hätte. Diesen Verlusten der Vergangenheit stände die Tatsache gegenüber, dass die zu übernehmenden Gegenstände künftighin im Rahmen eines völlig neuen Betriebes eingesetzt werden würden und dass relativ geringfügige neue Investitionen, wie sie geplant seien, die Ertragskraft der zu übernehmenden Vermögensgegenstände günstig beeinflussen würden. . .

Selbst wenn man bei vorsichtiger Abwägung der Gegebenheiten die Möglichkeit von anfänglichen Betriebsverlusten nicht ausschliessen könne, so glauben die Gründer doch, dass der Übernahmepreis für die .. Vermögensgegenstände in einem durchaus vertretbaren Verhältnis zu dem kalkulierten Anlaufisiko dieser Art ständen. Der Erwerb der Vermögensgegenstände spiele eine massgebliche Rolle in dem Produktions- und Handelsprogramm, welches die neue Gesellschaft in enger Zusammenarbeit mit .. (dem) Nordamerikanischen Konzern planen würde, dessen erhebliche Beteiligung sich auch im übrigen auf die Entwicklung der neuen Gesellschaft günstig auswirken dürfte."

nen nur die allgemeinen und besonderen Grundsätze der betriebswirtschaftlichen Bewertungslehre geben 1). Aber auch hier, das sei betont, stehen sich oft die verschiedenartigsten Ansichten gegenüber 2).

3. Die Prüfung der rechtlichen Grundlagen

Neben der Prüfung der Bewertung ist die kritische Erforschung der rechtlichen Grundlagen der Sacheinbringungen besonders wichtig. Sie geben die Gewähr dafür ab, dass auch wirklich die Aktiengesellschaft später das Eigentum an den Sacheinbringungen erhält.

So hat sich der Prüfer nachweisen zu lassen, dass die Einbringenden überhaupt über die einzubringenden Vermögensgegenstände Verfügungsberechtigt sind bzw. auf Grund entsprechender Abmachungen die Verfügungsberechtigung erhalten werden. Eigentum brauchen sie dagegen nicht zu haben 3). Der Prüfer hat ferner festzustellen, ob nicht etwa die zu übernehmenden Maschinen, Rohstoffe u. a. mit irgendwelchen Eigentumsvorbehalten, Pfandrechten etc. belastet sind, die den rechtsgültigen Eigentumserwerb durch die Gesellschaft vereiteln können. Hierzu gehört auch die Prüfung der Grundbücher (z. B. auf anderweitige Vormerkungen u. ä.). Besonders bei der Übernahme von Konkursmassen ist Vorsicht geboten. Die entsprechenden konkursrechtlichen Vorschriften müssen bei der Übernahme beachtet werden. Vorausgegangene Rechtsgeschäfte, die auch im Gründungsbericht angegeben sein müssen, hat der Prüfer auf ihre Gültigkeit und auch im Hinblick auf die mit diesen eventuell erzielten Zwischengewinnen zu prüfen.

Bei der Einbringung ganzer Unternehmen oder selbständiger Betriebseinheiten ist zu prüfen, ob die für diese zuständigen Organe, Gesellschafter oder ganz generell Eigentümer in der für einen derartigen Eigentumsübergang gesetzlich vorgeschriebenen Form der Einbringung zugestimmt haben 4).

4. Exkurs zur Eröffnungsbilanz

Ein wesentlicher Vorteil für die Gründungsprüfung wäre es, wenn als Ausgangspunkt für die materiellen Prüfungshandlungen bereits eine Bilanz, und zwar hier eine Eröffnungsbilanz, vorliegen würde. In der Bilanz wären dann alle Aktivwerte, wie Einlageforderungen, Bareinlagen und Sacheinlagen und Verpflichtungen, wie zu

1) siehe auch SIMON, a. a. O., Seite 111

2) GERSTNER, Paul, Wegweiser für die kaufmännische Betriebs- und Bilanzprüfung (1945), Seite 40

3) RGZ 118, 120

4) z. B. GmbH-Gesellschafterbeschluss bei Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft (§ 269, I AktG)

übernehmende Schulden etc., verzeichnet. Wie steht es damit nun in der Praxis? Ist eine Eröffnungsbilanz vorgeschrieben?

Der Gesetzgeber hat die Aufstellung einer Eröffnungsbilanz innerhalb des Aktiengesetzes nicht geregelt. Es gelten daher subsidiär die entsprechenden Vorschriften des Handelsgesetzbuches. Nach § 39, I HGB ist bei Beginn des Handelsgewerbes eine Eröffnungsbilanz aufzustellen. Da vor der Eintragung in das Handelsregister die Aktiengesellschaft als solche nicht besteht (§ 34, I AktG) kann begriffsjuristisch für sie auch vorher nicht eine Eröffnungsbilanz aufgestellt werden, bzw. sie dazu nicht verpflichtet werden. Somit könnte auch nicht zur Gründungsprüfung eine Eröffnungsbilanz vorliegen, nachdem diese ja vor der Eintragung stattfindet.

Jedoch besteht bereits der von den Gründungsbeteiligten gebildete nicht rechtsfähige Verein ¹⁾. Treten nun aufzeichnungspflichtige Geschäftsvorfälle schon in diesem Stadium auf, so ist für den Gründungsverein eine Eröffnungsbilanz aufzustellen. Aufzeichnungspflichtige Geschäftsvorfälle treten in der Praxis nicht nur bei qualifizierten Gründungen, sondern auch bei Bargründungen (z.B. Einzahlungen auf das Grundkapital, Notariatsgebühren, Porto u.a.m.) in der Regel wesentlich früher auf. Meist heisst es daher auch in den Berichten des Vorstands und Aufsichtsrats "Handelsbücher sind angelegt" ²⁾. Bei Übernahme eines ganzen Unternehmens kann sich die Notwendigkeit ergeben, dass eine Eröffnungsbilanz auf einen Zeitpunkt aufzustellen ist, der noch vor dem Datum des Errichtungsvertrages liegt. Das gilt dann, wenn die Geschäfte für Rechnung der Aktiengesellschaft schon von diesem früheren Zeitpunkt ab geführt werden sollen.

Wenn nun behauptet wird, dass mit der Eintragung der Aktiengesellschaft die Schlussbilanz des nicht rechtsfähigen Vereins ihr Gegenstück in der Eröffnungsbilanz der Aktiengesellschaft findet ³⁾, so wird der aus der Einheit der Interessenverfolgung heraus bei der Eintragung vor sich gehende Verschmelzungsvorgang formaljuristisch und lebensfremd ausgelegt. Sehr interessant ist daher die den formaljuristischen Gegebenheiten entgegenlaufende Praxis. Sie stellt ein "Handelsgewöhnheitsrecht" fest ⁴⁾, dass eine besondere Eröffnungsbilanz auf einen der Auf-

1) u.a. BAUMB.-HUECK, a.a.O., § 34, Anm. 1; MÜLLER-ERZBACH, "Mitgliedschaft", a.a.O., Seite 189 ff.

2) z.B. Bln HRB 91 60, Bln HRB 93 66, Bln HRB 84 75 u.a.m.

3) ILLETCHKO, Handwörterbuch der Betriebswirtschaft (1957), Stichwort Gründungsbilanz.

4) TRUMPLER, Die Bilanz der Aktiengesellschaft nach deutschem Aktien- und Steuerrecht unter Hinweisen auf das Recht der Vereinigten Staaten, Englands und der Schweiz, Basel 1950, Seite 413, wenn allerdings mehr als 6 Monate vergangen sind, dann "kann der Registerrichter die Aufstellung einer neuen Eröffnungsbilanz verlangen", ähnlich auch SIMON, a.a.O., Seite 100

nahme des Geschäftsbetriebes nachfolgenden Zeitpunkt (eben der Eintragung in das Handelsregister) nicht erforderlich ist, wenn nicht mehr als 4 - 6 Monate seit der Aufnahme der Tätigkeit vergangen sind. Auch Baumbach-Hueck stellen fest, dass aus der theoretisch zwar richtigen Phasenteilung "Nicht die Entscheidungen der praktischen Fragen hergeleitet werden" dürfen 1).

Die lebensnahe Ansicht hat auch ihren Niederschlag in einem Ergänzungsvorschlag des Institutes der Wirtschaftsprüfer gefunden 2). Der Vorschlag sieht die Einfügung eines § 33 a in das Aktiengesetz vor. Dessen Absatz 3 soll wie folgt lauten:

Die Eröffnungsbilanz kann auf den Stichtag der Errichtung der Gesellschaft (§ 22), auf den Tag der Eintragung oder auf einen zwischen diesen beiden Zeitpunkten liegenden Tag erstellt werden. In begründeten Fällen, insbesondere bei der Übernahme (noch einzufügen; oder Einlage) eines Geschäftsbetriebs mit Aktiven und Passiven, kann die Eröffnungsbilanz auch auf einen vor der Errichtung liegenden Tag erstellt werden.

Der Vorschlag hat seine Ursache in der steuerlichen Regelung. Für die Körperschaftsteuer gilt die juristische Person schon von dem Augenblick an als entstanden, in dem der ihre grundsätzlichen Beziehungen regelnde Vertrag abgeschlossen wurde und wenn sie auf Grund dieses Vertrages ihre geschäftliche Tätigkeit aufgenommen hat 3).

Wie bereits erwähnt, werden in der Regel die entsprechenden Verträge dahingehend abgeschlossen, dass die Geschäfte zu Gunsten und zu Lasten der neuen Gesellschaft bereits zu einem vor der Gründung liegenden Zeitpunkt geführt werden sollen. Dieser Zeitpunkt wird dann in der Praxis der Eröffnungsbilanz zugrunde gelegt.

Der Termin der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister ist auch

1) BAUMB.-HUECK, a.a.O., § 34, Anm. 1

2) Vorschläge zur Aktienrechtsreform des Arbeitskreises Aktienrechtsreform im Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. (1956), Seite 12

Absatz 1 und 2 des Ergänzungsvorschlages zum § 33 a lauten:

Nach Eintragung der Gesellschaft hat der Vorstand unverzüglich die von ihm gemäss § 39 Absatz 1 HGB aufzustellende Eröffnungsbilanz in den Gesellschaftsblättern bekanntzumachen und die Bekanntmachung zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft einzureichen.

Die Vorschriften für den Jahresabschluss über die Gliederung und die Bewertung gelten sinngemäss für die Eröffnungsbilanz.

3) BLÜMICH-KLEIN-STEINBRING, Körperschaftssteuergesetz mit Durchführungsverordnungen, Nebengesetzen und Verwaltungsanweisungen, Kommentar von -, (1956), Seite 27

viel zu unbestimmt, als dass man sich mit der Erstellung der Eröffnungsbilanz nach ihm richten könnte. Das gilt besonders, wenn schon die Geschäfte begonnen worden sind. Ein genauer Zeitpunkt wäre aber allein schon für eine ordnungsgemässe Aufnahme der Bestände wichtig. Hier zeigt sich deutlich die Schwierigkeit, auf diesen Termin eine Bilanz aufzustellen.

Soweit nun bereits zum Zeitpunkt der externen Gründungsprüfung eine Eröffnungsbilanz vorliegt, haben die Gründungsprüfer sie mit in ihre Prüfung einzubeziehen. Die Prüfer würden aber bei der jetzigen Rechtslage "den Rahmen ihrer Aufgaben überschreiten, wenn sie etwa alle einzelnen Posten der Einbringungsbilanz, mit deren zahlenmässigen Ansatz sie aus irgendwelchen Gründen nicht einverstanden sind, richtigstellen und neu bewerten wollten" 1). Sie haben vielmehr nur die Angemessenheit insgesamt zu prüfen. Bilanzierungsverstösse haben sie aber in ihrem Bericht zu vermerken; allein eine Berichtigung brauchen sie nicht zu veranlassen.

Liegt jedoch der Zeitpunkt der Eröffnungsbilanz längere Zeit vor der Gründungsprüfung, so können die Prüfer ihre Angemessenheitsprüfung nicht allein auf die in der Bilanz ausgewiesenen Werte beschränken. Vielmehr haben sie auch inzwischen eingetretene Wertveränderungen mit zu berücksichtigen. Sie müssen feststellen, ob sich nicht eventuell wesentliche Wertverschiebungen ergeben haben 2). In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, dass es zweckmässig wäre, gesetzlich zu verlangen, dass keine Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden darf, deren externe Gründungsprüfung länger als 3 Monate zurückliegt. So können auch Manipulationen nach der Gründungsprüfung weitgehend vermieden werden.

V. DIE PRÜFUNG DER SONDERVORTEILE UND DES GRÜNDERLOHNES

1. Vorbemerkung

Die besonderen Vorteile (Sondervorteile) und die für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährten Entschädigungen oder Belohnungen (Gründerlohn) unterliegen der Prüfung durch die Gründungsprüfer. Sie haben namentlich die hierüber getroffenen Feststellungen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu prüfen. Lassen die dabei festgestellten Umstände die so gewährten Vergütungen als unangemessen hoch erscheinen, so haben die Prüfer sich auch hierüber zu äussern 3).

1) HINTNER, O., Praxis der Wirtschaftsprüfung (1949), Seite 27

2) HINTNER, a.a.O., Seite 25; HEUVEMANN, a.a.O., Seite 20

3) Gleicher Ansicht

BRODMANN, E., Aktienrecht, Kommentar, (1928), § 194 (HGB), Anm. 2 c

Beide, Gründerlohn und Sondervorteil können auf den Bestand des Grundkapitals einwirken. Die Gewährung eines Gründerlohnes führt von Anfang an bereits zu einer Schmälerung des Grundkapitals (bevor die Aktiengesellschaft überhaupt entstanden ist), während der Sondervorteil die laufenden Ertragnisse des Unternehmens belastet oder sogar einen Verlust vergrößern kann. Wenn man nun schon nicht aus dem Gedanken, dass jede Leistung (auch Gründung) ihres Lohnes wert ist, besonders den Gründerlohn verbieten kann, so musste doch der Gesetzgeber eine Offenlegung verlangen. Schliesslich können beide auf die Vermögenslage der Gesellschaft so einwirken, dass auch die Interessen anderer berührt oder gar in Mitleidenschaft gezogen werden. Diesen muss daher die Möglichkeit geschaffen werden, sich vor einem Engagement mit der Gesellschaft ausreichend informieren zu können.

Der Gesetzgeber nutzt daher auch den von den Prüfern durch die externe Gründungsprüfung erzielten Einblick in die gesamten Gründungsvorgänge insofern aus, als er von ihnen in ihrem Bericht namentlich Angaben darüber verlangt, ob solche Vergütungen gewährt wurden und ob diese dann auch vollständig und richtig angegeben worden sind.

2. Der Gründerlohn sowie der Sondervorteil und ihre begriffliche Scheidung

Kurz soll hier die begriffliche Scheidung zwischen beiden Vergütungen versucht werden, denn je nach dem, ob man es mit der einen oder der anderen Vergütung zu tun hat, verbinden sich damit andere Rechtsfolgen, die der Prüfer zu beachten hat. Es ist nämlich auch "soweit nicht der Gründungsbericht Klarheit verschafft,

Fortsetzung der Fussnote 3), Seite 125

"Wenn (die Revisoren) den Lohn unangemessen hoch finden, ist es - wenn es auch nicht im Gesetz ausdrücklich gesagt ist - ihre Aufgabe und Pflicht, das auszusprechen"; HACHENBURG, a.a.O., § 193 (HGB), Anm. 20, Die Gründervorrechte "dürfen nicht als eine willkürliche Ausübung der Macht der Gründer zu Lasten der künftigen Aktionäre erscheinen. ... Die Revisoren (werden) sich darüber zu äussern haben, ob hierfür ein wirtschaftlich oder moralisch begründeter Anlass vorliegt"; v. GODIN-WILHELMI, a.a.O., § 26, Anm. 1; FISCHER, Aktiengesetz, Grosskommentar (1957), § 26, Anm. 2

Anderer Ansicht

ROSENWALD, a.a.O., S. 55; GOLDSCHMIT, Friedrich, a.a.O., § 194 (HGB) Anm. 2 c, "jedenfalls ist die Angemessenheit nicht zu prüfen!"; so wohl auch SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 25, Anm. 4 (Umkehrschluss)

Aufgabe der Gründungsprüfung festzustellen, ob es sich um einen echten Gründerlohn oder um einen Sondervorteil handelt" 1).

Bei dem Gründerlohn handelt es sich um eine bezifferbare Verbindlichkeit, deren Höhe und Fälligkeit bekannt ist. Der Gründerlohn setzt sich aus einer echten Entschädigung für Auslagen sowie aus einer Belohnung (besser Entlohnung) für die Gründung oder deren Vorbereitung zusammen 2).

Der Sondervorteil 3) ist dagegen eine zunächst entweder der Höhe oder der Fälligkeit nach noch nicht genau feststellbare Verbindlichkeit. Dem Sondervorteil steht in der Regel keine Gegenleistung gegenüber. Er stammt zwar auch aus der Gründungssphäre, er erhält aber seinen materiellen Inhalt und damit seine Wirksamkeit erst nach der Entstehung der Aktiengesellschaft.

Die Unterscheidung zwischen beiden Vergütungen ist besonders deshalb wichtig, weil:

der Gründerlohn, soweit er von der Gesellschaft gewährt wird, in den Gesamtgründungsaufwand einzubeziehen ist (§ 19, II AktG) und in der bei der Anmeldung mit einzureichenden Berechnung nach Art, Höhe und Empfänger einzeln anzuführen ist (§ 39, II, Ziff. 2 AktG),

jeder Sondervorteil in der Satzung unter Bezeichnung der Berechtigten festgesetzt werden muss (§ 19, I AktG).

1) SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 19, Anm. 7; FISCHER, a.a.O., § 19, Anm. 7 "Die Abgrenzung ... ist Aufgabe der Gründungsprüfung"

2) Das wird besonders klar von FISCHER, a.a.O., § 19, Anm. 7, herausgestellt. Die Belohnung stellt in Wirklichkeit eine Entschädigung für eine Tätigkeit dar, sie ist Gegenleistung und keine Schenkung. Sonst wäre sie ein besonderer Vorteil und nach dessen Grundsätzen zu beurteilen. Die als Belohnung genannte Entlohnung muss - allerdings nicht zu eng ausgelegt - also in einem angemessenen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen, was auch von dem Gründungsprüfer zu beachten ist.

3) Sondervorteile können sein:

Beteiligungen am Reingewinn und Abwicklungserlös, Gebrauchs- oder Wohnrechte, Lieferungs- oder Abnahmeverpflichtungen, Entsendung in den Aufsichtsrat innerhalb der Grenzen des § 88 AktG u.a.m., also grundsätzlich nur Vermögensrechte (siehe auch v. GODIN-WILHELM, a.a.O., § 19, Anm. 2) Sondervorteile können nicht sein:

z.B. Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG), Gratisaktiengewährung, Zusage fester Dividenden - also Zinsen (§ 54, I AktG), Vorstandsposten (§ 75 AktG), Gründerbezugsrechte (§ 154, II AktG), Herrschaftsrechte können somit grundsätzlich nicht als Sondervorteile gewährt werden.

Sondervorteile können verbindlich für die zukünftige Gesellschaft nur zu Gunsten von Aktionären durch Aufnahme in die Satzung begründet werden. Auch solche zu Gunsten der Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder sind, soweit diese Aktionäre sind, in gleicher Weise in der Satzung aufzunehmen. Die an die Organmitglieder gewährten Sondervorteile und Gründungsentschädigungen müssen aber auch in dem Gründungsbericht enthalten sein. Es spielt hierbei keine Rolle, ob sie gleichzeitig Aktionäre sind oder nicht. Soweit die Vergütungen von Dritten den bezeichneten Organmitgliedern gewährt worden sind, brauchen entsprechende Angaben nur im Gründungsbericht gemacht zu werden.

Während die an dritte Personen zu zahlenden Vergütungen für die Gründung oder deren Vorbereitung durch Aufnahme in die Satzung als Gesamtgründungsaufwand die Aktiengesellschaft mit ihrer Entstehung ohne weiteres belasten, gilt das für die zu Gunsten dieser Personen begründeten Sondervorteile nicht ohne weiteres. Hierher gehören auch die zu Gunsten des Vorstands und Aufsichtsrats - als Nichtaktionäre - begründeten besonderen Vorteile. Die Gesellschaft wird nach Müller-Erzbach 1) von diesen ohne weiteres nur belastet, soweit sie für die Entstehung der Gesellschaft zweckförderlich waren. Die Verpflichtung geht dann also auf die Gesellschaft im Zuge des Verschmelzungsvorganges über. Der Schutz vor Belastungen, die tunlichst in diesem Stadium vermieden werden sollen, wird durch § 34 AktG gewährt. Insoweit sind auch derartige Vorteile von dem Gründungsprüfer auf ihre Angemessenheit und Zweckförderlichkeit - beide gerade hier sehr eng auszulegen - zu beachten.

3. Prüferische Aufgaben im Zusammenhang mit Sondervorteilen und Gründungsentschädigungen

Die primäre Aufgabe des Prüfers ist, die von ihm benutzten Prüfungsunterlagen kritisch daraufhin durchzusehen, ob nicht sich aus ihnen eine Gewährung derartiger Vergütungen ergibt. Das kann sogar geschehen sein, ohne dass sich die Beteiligten vielleicht darüber klar gewesen sind, dass sie damit jemand einen Sondervorteil oder eine Gründungsentschädigung gewährt haben. Der Prüfer hat sich jedenfalls nicht nur auf die Entgegennahme der von den beteiligten Personen gemachten Angaben zu beschränken. Es ist aber neben der eigenen Nachprüfung auch erforderlich, dass der Prüfer die Gründer und die Organe befragt. Die dahingehende Befragung könnte auch im Rahmen einer Vollständigkeitserklärung vorgenommen werden. Es konnte in der Praxis beobachtet werden, dass die Prüfer ausdrücklich in ihren Berichten angaben, dass sie sich gesondert von den Beteiligten (vor allen Dingen von Personen, die ihnen für den Empfang von Gründungsentschädigungen und Sondervorteilen besonders verdächtig erschienen) haben bestätigen lassen, dass sie keine derartigen Vergütungen erhalten haben.

1) MÜLLER-ERZBACH, "Mitgliedschaft", a. a. O., Seite 191

Soweit, trotz der Behauptung, dass keine solchen Vergütungen gewährt werden, solche doch vorgenommen werden, kann dies erst ein späterer Abschlussprüfer im Rahmen seiner Buchprüfung möglicherweise feststellen. Stellt jener einen derartigen Gründerlohn oder aus der Gründungssphäre her zugesagte Sondervorteile fest, so kann das für ihn ein Grund zur Versagung des Bestätigungsvermerks für den Jahresabschluss darstellen.

VI. DIE PRÜFUNG DES GRÜNDUNGSaufWANDES

Der vorangegangenen Prüfung des Gründerlohnes schliesst sich die Prüfung des übrigen Gründungsaufwandes an. Mit der Nachprüfung soll Gewähr dafür geboten werden, dass die Angaben über die Gründungsaufwendungen richtig und vollständig gemacht worden sind. Schliesslich dienen auch die Angaben dem Schutz der zukünftig mit der Gesellschaft in Rechts- und Geschäftsbeziehungen tretenden Personen. Die Kundgebung soll sie zumindest über die aufwendungsmässigen Vorbelastungen des Grundkapitals informieren, nachdem sie selbst nicht auf deren Gestaltung einwirken konnten.

Der Gründungsaufwand muss bereits in einem Gesamtbetrage in der Satzung angegeben werden, soweit ihn die Gesellschaft zu tragen hat (§ 19, II AktG). Er kann jedoch zu diesem Zeitpunkt nur im Wege der Schätzung ermittelt werden. Dem Gründungsprüfer wird bereits ein Teil der Aufwendungen auf Grund genauer Unterlagen nachgewiesen werden können. Eine Einzelaufgliederung des Gesamtgründungsaufwandes gemäss § 29, II, Ziff. 2 AktG braucht jedoch erst zur Anmeldung der Gesellschaft vorzuliegen.

Zu trennen ist bei der Prüfung zwischen den Gründungsaufwendungen und den bereits vorweggenommenen Kosten des zukünftigen Betriebes. Zu den ersteren gehören all die Aufwendungen, die zur Erreichung der Unternehmungsform einer Aktiengesellschaft gemacht worden oder noch zu machen sind. Die anderen Aufwendungen stehen dagegen schon im Zusammenhang mit der zukünftigen Tätigkeit des Betriebes bzw. resultieren aus den laufenden Aufwendungen eines für Rechnung der Aktiengesellschaft bereits vor der Eintragung in das Handelsregister übernommenen Betriebes.

Der Prüfer hat sich jedoch primär nur mit den mit der Erreichung der Unternehmungsform zusammenhängenden Aufwendungen zu befassen und sie auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Die anderen Aufwendungen fallen unter die Regelung des § 34 AktG. Sie gehen auf die Aktiengesellschaft über, soweit sie für das Lebensziel des Verbandes "als förderlich angesehen werden" 1) können.

1) MÜLLER-ERZBACH, "Mitgliedschaft", a. a. O., Seite 191

Zu den angabepflichtigen Gründungsaufwendungen gehören auch die zwangsläufig oder gesetzlich ohne weiteres an sich die Aktiengesellschaft belastenden Kosten (z.B. Kapitalverkehrsteuer, Gerichtskosten, Vergütung an den Gründungsprüfer u. ä. m.). Sie müssen also mit in dem in der Satzung anzugebenden Gesamtaufwand enthalten sein, sonst kann die Aktiengesellschaft sie nicht rechtswirksam übernehmen (§ 19, III, 1 AktG) 1). Der Gründungsprüfer hat sich hierüber zu vergewissern.

-
- 1) Die Kommentatoren kommen hier zu verschiedenen Ergebnissen, besonders deshalb, weil sie fast alle nicht auf die im Anschluss aufzuzeigenden kausalen Grundlagen zurückgegangen sind.

Gleicher Meinung

SATTLER, a.a.O., Seite 60; STAUB-PINNER, a.a.O., § 186 (HGB), Anm. 10; TEICHM.-KOEHLER, a.a.O., § 19, Anm. 3 b; FISCHER, a.a.O., § 19, Anm. 10 wie folgt: "Es gehört hierher der gesamte Gründungsaufwand, der "Auffassung ..., dass hierher nicht die gerichtlichen Kosten und die Steuern gehörten, kann nicht gefolgt werden. § 19, Abs. 2 regelt abschliessend, dass die Gründer im Innenverhältnis zur Tragung dieser Kosten verpflichtet sind".

Anderer Meinung

BING, a.a.O., § 186 (HGB), Anm. 57 Zum Gründungsaufwand gehören Anwalts- und Notariatspesen, Honorare, Anm. 58 "Gesetzliche an die Gründung geknüpfte Lasten" (Kap. V. St., Grunderw. St., Handelsregistergebühren) gehören nicht zu den Gründungskosten.

RITTER, a.a.O., § 19, Anm. 4 b, "Auch unvermeidlicher Gründungsaufwand (z.B. Kapitalverkehrssteuer, Gerichtskosten) muss in der Satzungsangabe mit eingerechnet worden sein". -- Gesetzlich gestatteter Gründungsaufwand (z.B. Gründungsprüferentschädigung) "braucht jedoch nicht festgesetzt zu werden. (Er) belastet die Gesellschaft... ohne weiteres".

SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 19, Anm. 8 "Keiner satzungsmässigen Festsetzung bedarf es, soweit der Gründungsaufwand von der Gesellschaft kraft Gesetzes zu leisten ist". (Z.B. Gründungsprüferentschädigung) ... Dagegen nicht die Kapitalverkehrsteuer, es sei denn, die Übernahme ist in der Satzung enthalten (§ 28, Anm. 6).

v. GODIN-WILHELMI, a.a.O., § 19, Anm. 4, Bei Gründungsprüferentschädigung, Notariatsgebühren, Aktiendruck "handelt es sich um eine Entschädigung nach Abs. 2 (des § 19 AktG), die in der Satzung festgesetzt werden muss". --- Gründungsaufwand kraft Gesetzes "bedarf keiner Festsetzung in der Satzung. ... Dies gilt von der Kap. V. St. und u.E. auch von den gerichtlichen Kosten der Eintragung".

Die Folge der unterschiedlichen Auffassungen ist, dass in der Praxis die Gründungsaufwendungen meist ohne Festsetzung in der Satzung doch übernommen werden. Das wird anhand der noch zu bringenden Beispiele gezeigt werden.

Vielfach konnte in der Praxis beobachtet werden, dass, obwohl in der Satzung die Angabe, dass die Gründungsaufwendungen übernommen werden sollten, fehlten, der Handelsregisterakte (teilweise extra von dem Registerrichter angefordert) trotzdem eine Aufstellung über den Gründungsaufwand (§ 29, II, Ziff. 2 AktG) beigelegt war. Da weitere Angaben fehlten, liegt der Gedanke, dass die Aufwendungen von der neuen Gesellschaft übernommen werden sollten, auf der Hand. Teilweise ging - wie die Beispiele zeigen - eine spätere Übernahme auch tatsächlich aus dem ersten Geschäftsbericht bzw. Jahresabschluss hervor 1).

 Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 130

Dabei sollte, wenn man auf das typische Bedürfnis, deren sich die Bestimmung angenommen hat, zurückgeht, erreicht werden, dass die gesamten Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Gründung stehen, offen als Vorbelastungen des Grundkapitals ausgewiesen werden. Nur "die Ausgaben, die bereits vor der Entstehung der Aktiengesellschaft für den zukünftigen Betrieb gemacht werden", gehören "nicht zu dem Gründungsaufwand" wie auch FISCHER (Aktiengesetz, Grosskommentar (1957), § 19, Anm. 11) feststellt.

Jede Aussonderung von irgendwelchen Teilen dieses Aufwandes führt zur Verzerrung und Verdunkelung. Die ganze Bestimmung wird illusorisch. Sie kann daher keine Rücksicht auf ein eventuell gesetzlich vorgeschriebenes anderes Aussenverhältnis nehmen. Sie bezieht sich dann insofern nur auf das Innenverhältnis.

 1) Beispiele

- a) Bln HRB 83 93 eingetragen am 16.10.1954
 Grundkapital: DM 200.000, --
 keine externe Gründungsprüfung

Die Satzung enthält keine Angaben über zu übernehmende Gründungsaufwendungen.

Dagegen Blatt 14 der Handelsregisterakten:

1. Gesellschaftsteuer	DM	6.000, --
2. Notariatskosten	ca.	1.000, --
3. Gerichtskosten	ca.	1.500, --
		<u>DM 8.500, --</u>
		=====

Geschäftsbericht für das Rumpfgeschäftsjahr 1954

"Das Rumpfgeschäftsjahr brachte insgesamt an Zinsen und ausserordentlichen Erträgen DM 2.957,44, denen im wesentlichen Gründungs- und Anlaufkosten mit zusammen DM 14.178,50 gegenüberstehen".

- b) Bln HRB 84 33 eingetragen am 25.11.1954
 Grundkapital DM 100.000, --
 Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Die Feststellung des Gründungsprüfers, ob die Gründungsaufwendungen von der Gesellschaft zu tragen sind, oder etwa von den Gründern oder sonstigen dritten Personen ist daher wichtig. Von gleicher Bedeutung ist dann aber auch die Prüfung des ersten Abschlussprüfers. Stellt dieser nämlich die Übernahme derartiger Kosten durch die Gesellschaft fest, die durch die Satzung nicht gedeckt sind, muss er in seinem Bericht darauf hinweisen und seinen Bestätigungsvermerk zu-

Fortsetzung der Fussnote 1), Seite 131

Satzung und Handelsregisterakten enthalten nichts über einen Gründungsaufwand. Auch Gründungsprüferbericht: "Kein Gründungsaufwand".

Geschäftsbericht für das Rumpfgeschäftsjahr 1954

Wir schlagen vor, den Bilanzverlust von DM 11.066,75, der sich lediglich auf Grund der Gründungskosten ergibt, auf neue Rechnung vorzutragen.

- c) Bln HRB 86 12 eingetragen am 29.7.1955
Grundkapital: DM 2.000.000, --
Gründungsprüfer: Wirtschaftsprüfer

Satzung und Handelsregisterakten enthalten nichts über Gründungsaufwendungen.

Prüfungsbericht des Vorstands und Aufsichtsrats (vom 11.7.1955)

"Gründungsaufwand zu Lasten der Gesellschaft zugunsten von Aktionären oder anderen Personen ist nicht gemacht worden".

Gründungsprüfungsbericht (Tz. 8)

"Gründungsaufwand zu Lasten der Gesellschaft zugunsten der Aktionäre oder anderer Personen (Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats) als Entschädigung oder als Belohnung für die Gründung oder ihre Vorbereitung ist mir nicht bekannt geworden".

Der Gründungsprüfer schliesst also andere "andere Personen" ausser Vorstand und Aufsichtsrat vorsichtigerweise schon gar nicht erst ein.

Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses zum 31.12.1955 (Handelsregisterakten Seite 61 ff.)

Anhang (Tz. 25) (Gewinn- und Verlustrechnung)

Alle übrigen Aufwendungen

u. a.

Beratungskosten, für vorbereitende Verhandlungen

Steuerberatung und Buchführungsarbeiten DM 34.700, --

Gründungskosten, Notariatsprotokoll, Gründungs-

prüfung, Unterschriftsbeglaubigungen DM 12.493,06

Gesellschaftssteuer 3 % auf DM 1,0 Mill. Ein-

zahlung auf das Aktienkapital DM 30.000,--

mindest einschränken, wenn nicht sogar versagen 1). Hier zeigt sich wieder die wesentlich stärkere Stellung des Abschlussprüfers vor der des Gründungsprüfers. Die zu prüfenden Gründungsaufwendungen haben sich zu diesem Zeitpunkt meistens erst in einem geringen Umfange in den Büchern der entstehenden Gesellschaft niedergeschlagen. Der Prüfer ist auf die ihm gemachten Angaben angewiesen. Er sollte sich daher, soweit die Gründungsaufwendungen nicht zu Lasten der Gesellschaft gehen, das ausdrücklich im Rahmen seiner Vollständigkeitserklärung bestätigen lassen und vermerken, wer sie übernehmen soll.

VII. DIE PRÜFUNG DES GRÜNDUNGSBERICHTES UND DER PRÜFUNGSBERICHTE DES VORSTANDS UND DES AUFSICHTSRATS

Die Berichte bilden für den Gründungsprüfer mit die wesentlichsten Unterlagen für seine eigenen Prüfungen.

1. Prüfung des Gründungsberichtes

Der Bericht der Gründer bestimmt besonders die Anlage der externen Prüfung. Der Gründungsbericht fusst entstehungsgeschichtlich auf der abgewandelten Prospekttheorie 2). Er soll alle die Angaben enthalten, die zur Information der Ausstehenden notwendig sind. Das sind vor allen Dingen die Darlegungen über die Sacheinbringungen, deren Angemessenheit und die Aufführung der mit der Gründung zusammenhängenden Aufwendungen und sonstigen Belastungen der zukünftigen Gesellschaft.

-
- 1) Nach herrschender Meinung (ADLER-DÜRING-SCHMALTZ, a.a.O., § 140, Tz. 24) "muss der Bestätigungsvermerk versagt werden, wenn Verstöße vorliegen, die die Nichtigkeit des Jahresabschlusses zur Folge haben". Hierher gehört u. a. der Fall, dass der Jahresabschluss durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschliesslich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind (§ 202, I, Ziff. 2 AktG).

Eine an sich unwirksame Übernahme von Gründungsaufwendungen (§ 19, III AktG) führt aber zur Einstellung eines gesetzlich unzulässigen Aufwandspostens, so dass der Jahresabschluss hinsichtlich dieses Inhaltes gegen die aus Schutzabsichten erlassene Gründungsbestimmung des § 19, III AktG verstösst. Es muss hier gleiches gelten, wie z.B. für eine entgegen § 133 AktG durchgeführte zu hohe Bewertung (RITTER, a.a.O., § 202, Anm. 4, hält § 202, I, Ziff. 2 AktG anwendbar auf §§ 129 - 134 AktG).

- 2) SATTLER, a.a.O., Seite 14, vgl. auch Seite 31 ff.

Nachdem sich der Gründungsprüfer namentlich mit diesen Sacheinbringungen und Gründungsaufwendungen bei seiner Prüfung zu befassen hat, erstreckt sich seine prüferische Tätigkeit auch auf "die Angaben der Gründer" in deren Gründungsbericht. Insoweit wird dem zum Gründungsbericht abgewandelten Gründungsprospekt zur vollen materiellen Wirkung verholten.

Der Gründungsprüfer hat demnach zu prüfen, ob die Gründer alle gesetzlich vorgeschriebenen Angaben vollständig und richtig gemacht haben. Er hat sich dahingehend in seinem Bericht zu äussern. Soweit Angaben fehlen oder unrichtig sind, hat er darauf erläuternd hinzuweisen. Eine entsprechende Abänderung des Gründungsberichtes kann er jedoch nicht verlangen.

2. Prüfung der Prüfungsberichte des Vorstands und des Aufsichtsrats

Die Prüfungsberichte der Verwaltungsträger müssen bereits zur externen Gründungsprüfung vorliegen, denn die Gründungsprüfer können sich hierüber erklären (§ 31, II, 1 AktG). Die Berichte sind also mit in die Prüfung einzubeziehen. Daher gehört es mit zum pflichtgemässen Ermessen des Gründungsprüfers, dass er sich auch über diese Berichte kurz erklärt. Die teilweise anzutreffende Meinung, dass "die Gründungsprüfer nicht auch über den Prüfungsbericht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder zu berichten (brauchen)" 1), kann daher nicht beigetreten werden. Gerade wenn etwa die Meinung der Gründungsprüfer über bestimmte Gründungsvorgänge eine gegenüber der der Verwaltungsträger abweichende ist, müssen sie klarstellen, aus welchen Gründen sie zu einem anderen Ergebnis gekommen sind. Die Aussenstehenden müssen hierbei in die Lage versetzt werden, selbst über die eventuellen Meinungsverschiedenheiten - ihren eigenen Zwecken entsprechend - urteilen zu können. Dazu gehört dann auch umgekehrt die prüferische Feststellung, dass die externe Gründungsprüfung zu gegenüber den Verwaltungsträgern abweichenden Feststellungen und Auffassungen nicht geführt hat.

Die Prüfung selbst erfordert eine kritische Durchsicht der Berichte verbunden entweder mit einer materiellen Nachprüfung der Angaben oder aber die Abstimmung mit den bereits selbst schon getroffenen Feststellungen.

1) SCHLEGELBERGER-QUASS., a.a.O., § 26, Anm. 3; dagegen richtig v. GODIN-WILHELM, a.a.O., § 26, Anm. 1 "Gegenstand des Prüfungsberichtes der Gründungsprüfer ist auch der Prüfungsbericht des Vorstands und Aufsichtsrats".

10. KAPITEL

Der Prüfungsbericht, seine Aufgaben, Gestaltung
und Verwendung

I. DIE AUFGABEN DES PRÜFUNGSBERICHTES

Der Prüfungsbericht soll mit zur Erfüllung der Aufgaben der Gründungsprüfung beitragen. Er hat dabei vor allen Dingen vier Funktionen zu erfüllen.

1. Information der Öffentlichkeit

Die wichtigste Aufgabe des Berichtes ist es, die interessierte Öffentlichkeit von dem ordnungsgemässen Hergang der Gründung zu informieren. So wie die Prüfung ganz generell den zukünftigen Gläubigern und Aktionären Schutz bieten soll, so soll der Vollzug der Prüfung sich auch zu ihren Gunsten in dem Bericht niederschlagen. Der Bericht ist daher ein wichtiger Bestandteil der Prüfung. Jeder Interessierte muss sich an Hand des Prüfungsberichtes über die Brauchbarkeit der übrigen Gründungsunterlagen (Satzung, Gründungsbericht, Berichte des Vorstands und des Aufsichtsrats usw.) und über die bei der Gründung geübte Beachtung der gesetzlichen Gründungsvorschriften überzeugen können.

Die Aufgabe ist also weitergehend als die eines Berichtes über die Prüfung des Jahresabschlusses. Dort wird die Öffentlichkeit nur über die Ordnungsmässigkeit des Jahresabschlusses durch den Bestätigungsvermerk informiert, während der Prüfungsbericht mit den "Entscheidungsgründen" 1) ihr nicht zugänglich ist. Der Prüfer hat also hier seinen Gründungsprüfungsbericht auch auf die Öffentlichkeit abzustellen und gegebenenfalls entsprechend seine Berichterstattung vorzunehmen. Er darf daher in ihm keine schutzwürdigen Betriebsgeheimnisse preisgeben.

2. Erklärung an den Registerrichter

Der Bericht des externen Gründungsprüfers stellt für den Registerrichter die wichtigste Unterlage für seine eigenen Nachprüfungen dar. Er kann die Eintragung ablehnen, wenn die Gründungsprüfer erklären, dass der Gründungsbericht oder der Prüfungsbericht der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats unrichtig oder unvollständig ist oder den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht oder dass die für eingelegte oder übernommene Gegenstände gewährten Leistungen unangemessen hoch sind (§ 31, II, 1 AktG).

Hierbei stellt die mit "kann" verwendete Formulierung nach übereinstimmender

1) Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 1954, Seite 535

Auffassung die Ablehnung nur in die Zuständigkeit, nicht aber in das Ermessen des Registerrichters 1). Hieraus ergibt sich, dass eine von den Gründungsprüfern innerhalb des angeführten Rahmens begründete ablehnende Stellungnahme zur Gründung den Registerrichter auch zur Ablehnung der Eintragung solange verpflichtet, bis die Beanstandungen beseitigt sind. Die Bindung des Registerrichters lässt die Bedeutung der Prüfung und des Berichtes klar hervortreten.

3. Nachweis für den Gründungsprüfer

Der Prüfungsbericht enthält gleichzeitig den öffentlichen Tätigkeitsnachweis des Gründungsprüfers. Er zeigt an, dass er seine Pflichten erfüllt hat. Der Bericht hat daher bei Regressfragen des Prüfers grosse Bedeutung. Gegebenenfalls treten natürlich auch die übrigen Prüfungsarbeitsbogen mit hinzu.

4. Unterlage für die Aktiengesellschaft

Für die Aktiengesellschaft und ihre Organe wird der Prüfungsbericht eine wesentliche Unterlage aus dem Gründungsstadium darstellen. Auf ihn wird - wie aber auch auf die übrigen Gründungsunterlagen - während des fernerer Bestandes der Unternehmung häufig zurückgegriffen werden.

II. DIE BERICHTERSTATTUNG

1. Form der Berichterstattung

Die Berichterstattung hat in Schriftform zu erfolgen (§ 26, II AktG). Die Gründer sowie die zukünftigen Verwaltungsträger werden ferner aber durchweg in der Praxis schon vorher im Rahmen einer Schlussbesprechung informiert. Der Prüfungsbericht ist, wenn auch nicht auf Grund aktienrechtlicher Vorschrift (wie z.B. in § 139, I, 3 AktG für den Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses), so doch auf Grund bürgerlich-rechtlicher Vorschrift von dem Prüfer zu unterzeichnen (§ 126 I BGB).

2. Umfang der Berichterstattung

Die gesetzlichen Vorschriften über den Umfang der Berichterstattung und damit den Inhalt des Prüfungsberichtes sind spärlich. Der Gesetzgeber bezieht sich dabei nur auf seine für den Umfang und Inhalt der Gründungsprüfung erlassenen Vorschriften und fordert unter "Darlegung dieser Umstände ... zu berichten" (§ 26, II AktG)

1) BAUMBACH-HUECK, a.a.O., § 31, Anm. 3 B; FISCHER, a.a.O., § 31, Anm. 8

Nachdem der Gesetzgeber über für den Umfang der Gründungsprüfung nur "namentlich" einige besonders wichtige Gründungsvorgänge herausgestellt hat (§ 26, I AktG), steht der Umfang und der Inhalt der Berichterstattung im übrigen im pflichtgemässen Ermessen des Prüfers. Das gilt sogar auch teilweise für die Berichterstattung über die besonders herausgestellten Prüfungsgegenstände. Es stellt sich daher nun die Frage, ob z.B. eine Feststellung, dass die für eingelegte oder übernommene Gegenstände gewährten Leistungen angemessen sind oder nicht, ausreichend ist, oder ob die berichtsmässige Darstellung in diesem wie aber auch in den übrigen Fällen so weitgehend sein muss, dass sich auch ein Aussenstehender ein Bild darüber machen kann, wie der Prüfer zu seinem Prüfungsergebnis gekommen ist.

Eich 1) stellt - wenn auch im Zusammenhang mit der Prüfung des Jahresabschlusses - richtig fest: "Solange sich das Gesetz, ... nur mit kurzen Andeutungen über den Inhalt des Prüfungsberichtes begnügt, kann es zweifelhaft sein, ob die Vorlage eines ausführlichen Prüfungsberichtes zwingend ist, wenn (hier wäre jetzt analog einzusetzen: alle Festsetzungen richtig, vollständig und angemessen sind und) den gesetzlichen Vorschriften entsprechen".

Zu dieser Auffassung trägt für die Gründungsprüfung noch folgende Überlegung besonders bei. In dem Bericht der Gründer sollen ja bereits weitgehende Angaben für die Öffentlichkeit über den Hergang der Gründung, über die Begründung der Angemessenheit der Sacheinbringungen u.s.f. gemacht werden. Soweit der Prüfer die Richtigkeit, Vollständigkeit und Angemessenheit der Angaben im Gründungsbericht in seinem eigenen Bericht bestätigt, reicht ein derartiger Gründungsbericht vollständig aus. Aus ihm kann sich dann auch ein Aussenstehender ausreichend über die Gründungsvorgänge unterrichten.

Hinzu tritt für ihn ausserdem die von sachverständiger, unabhängiger Seite gegebene Bestätigung, dass die von der zu gründenden Gesellschaft zu gewährenden Leistungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Gegenleistungen stehen.

Vollends, wenn man von der entstehungsgeschichtlichen Seite die externe Gründungsprüfung betrachtet und feststellt, dass die Prüfung nur die Ordnungsmässigkeit und Vollständigkeit des Gründungsberichtes als Gründungsprospekt sozusagen bestätigen soll, kommt man zu der Feststellung, dass auch ein kurzer Bericht den gesetzlichen Erfordernissen entspricht.

Das wird jedoch nur selten der Fall sein, da sich vielfach notwendige Ergänzungen, besonders in qualitativer Hinsicht ergeben werden. Auch wenn der Prüfer zu abweichenden Feststellungen kommt, hat er diese eingehender zu begründen. Immerhin

1) EICH, E., Der Prüfungsbericht über den Jahresabschluss einer Aktiengesellschaft (1944), Seite 97

braucht der Prüfungsbericht aber nicht etwa inhaltlich gleich ausführlich zu sein, wie der Gründungsbericht, soweit dessen Angaben ausreichend sind.

Allerdings konnte in der Praxis überwiegend eine eingehendere Berichterstattung beobachtet werden. Die Prüfungsberichte waren oft weit ausführlicher als die Gründungsberichte, ja man hat sogar teilweise ganz offensichtlich den Gründungsprüfern bewusst die Aufgabe der eingehenderen Darlegung übertragen.

Festzustellen ist aber auf jeden Fall, dass der Gründungsprüfer dort durch ergänzende Berichterstattung eingreifen muss, wo der Gründungsbericht nicht ausreichend ist und den mit der Berichterstattung verfolgten Gedanken der Offenlegung der Gründungsverhältnisse nicht gerecht wird.

Der Forderung 1), dem Prüfungsbericht alle wesentlichen Schriftstücke als Anlagen beizugeben (Errichtungsprotokoll, Satzung, Gründungsbericht, Prüfungsberichte des Vorstands und Aufsichtsrats u. ä.) sollte - jedenfalls für das zum Handelsregister einzureichende Exemplar - praktischerweise nur gefolgt werden, soweit es sich nicht um Urkunden handelt, die ohnedies schon gesondert eingereicht werden müssen. Im anderen Fall wären sonst die Schriftstücke dadurch doppelt oder gar dreifach in den Handelsregisterakten enthalten und füllen sie - besonders bei Sachgründungen - in einem nicht notwendigen Ausmasse.

3. Bestätigungsvermerk

Ein Bestätigungsvermerk ist für die Gründungsprüfung nicht vorgeschrieben, da bei dieser der gesamte Prüfungsbericht der Öffentlichkeit zugänglich ist. Trotzdem ist es in der Praxis üblich, den Prüfungsbericht mit einem zusammenfassenden Bestätigungsvermerk abzuschliessen. Hierbei wird überwiegend folgende Formulierung benutzt:

Nach dem abschliessenden Ergebnis meiner pflichtgemässen Prüfung nach § 26 AktG auf Grund der mir vorgelegten Urkunden, Bücher und Schriften sowie der mir erteilten Aufklärungen und Nachweise bestätige ich, dass die Angaben der Gründer über die Übernahme der Aktien, über die Einlagen auf das Grundkapital und über die in den §§ 19 und 20 AktG vorgesehenen Festsetzungen richtig und vollständig sind und dass auch die für die Sacheinlagen (Sachübernahmen) gewährten Leistungen angemessen sind 2).

-
- 1) HINTNER, O., Praxis der Wirtschaftsprüfung (1949), Seite 27; SIMON, Fr., Die Gründungsbilanz und die Gründungsprüfung bei der Aktiengesellschaft in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 1949, Seite 114
 - 2) vgl. auch Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 1954, Seite 531. Dort auch Text für einen Bestätigungsvermerk für die Nachgründungsprüfung.

4. Beispiel für den Inhalt eines Prüfungsberichtes

Wie festgestellt, braucht der Prüfungsbericht bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen nicht über die Pflichtfeststellungen hinauszugehen. Da aber einerseits die Voraussetzungen nicht immer erfüllt sind, andererseits die Handhabung der Praxis auch zu einer eingehenderen Darstellung der Gründung und ihrer Prüfung neigt, sei im folgenden der Inhalt eines tiefgegliederten Prüfungsberichtes aufgezeigt.

Das Beispiel geht von der Darstellung bei Hintner 1) aus und verarbeitet die Gliederungen von in der Praxis angetroffenen Prüfungsberichten:

Inhaltsangabe

- I. Auftrag an den Gründungsprüfer
- II. Der Gründungshergang
 1. Zweck der Gründung (Gegenstand des Unternehmens)
 2. Entwicklungsgeschichte bis zur Errichtung (Darstellung der vorbereiteten Massnahmen)
 3. Errichtung der Gesellschaft
 4. Wahl der Organe
 - a) Aufsichtsrat
 - b) Vorstand
 - c) evtl. Angabe der Prokuristen
 5. Gründerbericht
 6. Bericht über die Gründungsprüfung durch Vorstand und Aufsichtsrat
 7. Besondere Genehmigungen
- III. Die Satzung und ihre Ordnungsmässigkeit
 1. Gesetzlicher Pflichtinhalt
 2. Übrige Satzungsbestimmungen

Fortsetzung der Fussnote 2), Seite 138

Im Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch wird zum Bestätigungsvermerk folgende Erläuterung gegeben:

"Für die Gründungsprüfung ist kein Bestätigungsvermerk vorgeschrieben. Aus dem Aktiengesetz ergibt sich lediglich die Pflicht zur schriftlichen Berichterstattung über das Ergebnis der Prüfung. In der praktischen Handhabung wird das Prüfungsergebnis vielfach wie folgt bestätigt." (folgt obiger Text)

Hieraus ist zu entnehmen, dass der Bestätigungsvermerk mit seinem Inhalt auch als alleinige Berichterstattung für ausreichend zu erachten ist, soweit alle anderen Unterlagen eine ausreichende Information gewährleisten. Zu einer ähnlichen Feststellung sind wir bereits im vorhergehenden Abschnitt gekommen.

1) HINTNER, O., a.a.O., Seite 26

- IV. Die Ordnungsmässigkeit der materiellen Grundlagen der Aktiengesellschaft
1. Zeichnung des Aktienkapitals
 - a) Einzahlungsverpflichtungen
 - b) Vorgenommene Einzahlungen
 2. Die Sacheinbringungen
 - a) Beschreibung der Sacheinbringungen
 - b) Darstellung der Sacheinbringungen
 - c) Besprechung der geprüften Eröffnungsbilanz
 - d) Prüfung der Bewertung der Sacheinbringungen u. a.
 - α) Bei Einbringung eines Unternehmens: Prüfung der Angaben des Betriebsertrages der letzten beiden Geschäftsjahre
 - β) Begründung der Angemessenheit der Sacheinbringungen unter Darstellung der Bewertungsmaßstäbe
- V. Die Aufwendungen und eingegangenen Verpflichtungen bei der Gründung der Aktiengesellschaft
1. Besondere Vorteile
 2. Gründerlöhne
 3. Gründungsaufwand
- VI. Bestätigungsvermerk
- VII. Angabe der zur Verfügung stehenden Prüfungsunterlagen

III. DIE NIEDERLEGUNG DES BERICHTESES

Der Gründungsprüfungsbericht ist dem Gericht, dem Vorstand und der amtlichen Vertretung des Handelsstandes einzureichen (§ 26, III, 1 AktG). Es ist Aufgabe des Gründungsprüfers, das zu besorgen. Erst dann hat er seine Aufgabe erfüllt. Er kann sich natürlich eines Vertreters - insofern auch des Vorstandes der Aktiengesellschaft - bedienen.

In der Bekanntmachung der Eintragung der Aktiengesellschaft ist u. a. mit zu bemerken, dass der Prüfungsbericht der Gründungsprüfer sowohl bei dem Gericht, als auch bei der amtlichen Vertretung des Handelsstandes eingesehen werden kann (§ 33, II AktG). Die Einsichtnahme steht jedermann frei. Nur so kann die externe Gründungsprüfung und ihr Ergebnis denen dienen, die in Rechts- und Geschäftsbeziehungen mit der Aktiengesellschaft treten wollen, und die sich, da sie sich vor Verlusten schützen wollen, über den ordnungsgemässen Hergang der Gründung informieren möchten.

11. KAPITEL

Die Folgen einer Nichtprüfung bzw. nicht ordnungsgemässen Prüfung

I. GRUNDSÄTZLICHES

Nachdem an verschiedenen Stellen der Arbeit die besondere Bedeutung der externen Gründungsprüfung und ihre Funktionen herausgestellt wurden, gilt es nun zu untersuchen, welche Lage entsteht, wenn eine an sich erforderliche Prüfung nicht bzw. nicht ordnungsgemäss erfolgt ist. Es muss dabei festgestellt werden, wie der Gesetzgeber in diesem Fall die verschiedenen berechtigten Interessen wertet und welche gesetzliche Regelungen er daraufhin getroffen hat.

II. ERKENNEN UND HEILEN DER NICHTPRÜFUNG VOR DER EINTRAGUNG

Es handelt sich hier um die Fälle, bei denen die Voraussetzungen zur besonderen Gründungsprüfung nach der Vorschrift des § 25, II, Ziff. 1-4 AktG gegeben sind, und trotzdem aber keine externe Prüfung bis zum Eintragungsantrag stattgefunden hat.

Es ist dann der Registerrichter, der aus den nach § 29, II AktG der Anmeldung der Gesellschaft beizufügenden Urkunden und sonstigen Schriftstücken feststellt, dass ein Fall der Ziffer 1 - 4 des § 25 AktG gegeben ist. Er hat dann darauf hinzuweisen, dass eine externe Gründungsprüfung notwendig ist. Solange die Prüfung nicht erfolgt ist, ist auch die Gesellschaft nicht ordnungsgemäss angemeldet. Der Eintragungsantrag müsste bis zur Durchführung der Prüfung abgelehnt werden.

Wird nunmehr der Antrag auf Bestellung der Gründungsprüfer gestellt, so kann die Gründungsprüfung noch fristgerecht erfolgen. Der Gründungsvorgang kommt so dann zum normalen Abschluss.

III. DIE URSACHEN FÜR DIE NICHT DURCHGEFÜHRTE BZW. NICHT ORDNUNGSGEMÄSS DURCHGEFÜHRTE PRÜFUNG

1. Die nicht ordnungsgemässe Prüfung des Registerrichters

Die Ursache kann darin liegen, dass der Registerrichter nicht mit der notwendigen Sorgfalt die eingereichten Unterlagen geprüft hat 1).

1) Die Haftung hierfür regelt sich nach § 839 BGB.

Die Prüfung des Registerrichters ist dabei nicht nur formeller, sondern auch materieller Art. Die Prüfung beschränkt sich demnach nicht nur darauf, ob alle zur Anmeldung notwendigen Urkunden vorhanden sind (§ 29, II AktG), sondern auch ob sie inhaltlich mit den Anforderungen des Gesetzes übereinstimmen.

Die Prüfungspflicht des Gründungsberichtes und der Prüfungsberichte des Vorstands und Aufsichtsrats ist allerdings insoweit eingeschränkt, als es offensichtlich sein muss, dass diese Berichte unrichtig, unvollständig oder überhaupt den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechend sind. Es muss also "offensichtlich" aus diesen Darstellungen zu entnehmen sein, dass die Voraussetzungen für die weitergehende externe Gründungsprüfung vorliegen. Soweit solche den Unterlagen nicht zu entnehmen sind und auch sonst kein begründeter Verdacht besteht, obliegt dem Registerrichter keine weitere Nachprüfung. Ist nun die Prüfung nicht ordnungsgemäss gewesen und kommt es infolgedessen nicht zu der an sich notwendigen externen Gründungsprüfung bis zur Eintragung, so sind die Folgen die gleichen, wie bei einer Eintragung, die erfolgte, weil das Gericht die an sich notwendige externe Gründungsprüfung auf Grund der Unterlagen gar nicht feststellen konnte.

2. Die Verschweigung der zur Prüfung führenden Voraussetzungen

Viel wichtiger sind auch heute noch in der Praxis 1) die Fälle, in denen die Gründer, der Aufsichtsrat und der Vorstand in ihren Berichten Tatsachen verschweigen, die, wären sie bekannt, zu einer externen Gründungsprüfung führen würden. Die Motive liegen oftmals nicht so sehr in einem Widerwillen gegen die Prüfung, sondern mehr in dem Wunsch, nicht die Gründungsvorgänge im öffentlichen Handelsregister offenzulegen.

Die Betreffenden sind sich dabei im allgemeinen im klaren, dass der Gesetzgeber sie mit einer erhöhten Haftung belegt und sie sich strafrechtlich einer Verfolgung aussetzen. Aber andererseits glauben sie sich sicher, da sie nicht beabsichtigen, die Aktien einer grösseren Öffentlichkeit anzubieten. Sie verschweigen daher wichtige Tatsachen. So findet dann die an sich notwendige Gründungsprüfung nicht statt. Auch hier entsteht nun die Frage: Was hat dies zur Folge?

3. Ursachen, die zu einer nicht ordnungsgemässigen Prüfung führen

Weiter gehört hierher der Fall, bei dem wohl eine Prüfung stattgefunden hat, aber nicht vollständig gewesen ist, weil dem Prüfer wichtige Tatsachen verschwiegen wurden. Seine Prüfung konnte daher nicht vollständig sein.

Die Folgen sind auch hier die gleichen, wie bei einer Nichtprüfung, denn die an

1) Beispiele siehe Seite 42

sich prüfungspflichtigen Tatsachen sind eben nicht geprüft. In diesem Umfange besteht eine Nichtprüfung.

IV. DIE FOLGEN DER NICHTPRÜFUNG

1. Die Aktiengesellschaft entsteht trotzdem

Die Voraussetzungen zur externen Gründungsprüfung wurden also nicht erkannt. Sie fand somit nicht statt. Die Gesellschaft ist daher ohne Prüfung eingetragen worden.

Die Aktiengesellschaftsgründung ist nun nicht etwa wegen Fehlens der an sich notwendigen besonderen Gründungsprüfung nichtig. Die Nichtigkeitsgründe die die Nichtigkeit der Gesellschaft begründen sind vielmehr abschliessend in der Vorschrift des § 216, I AktG geregelt. Dort wird das Fehlen einer besonderen Gründungsprüfung als Nichtigkeitsgrund nicht genannt. Die Aktiengesellschaft bleibt also trotz Fehlens der externen Gründungsprüfung weiter bestehen.

Diese Regelung hat der Gesetzgeber auf Grund einer eingehenden Abwägung der verschiedenen Interessen und der Machtverteilung so getroffen. Hier tritt mehr noch als bei der Begründung der externen Gründungsprüfung das Schutzbedürfnis für jene zutage, "welche mit einem rechtsfähigen privatrechtlichen Verbande nach seiner Errichtung in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten und infolgedessen seine Gläubiger werden" 1). Da die Gründungsprüfung weitgehend für ihren Schutz bestimmt gewesen ist, kann ihnen erst recht nicht das Fehlen einer derartigen Prüfung entgegengehalten werden. Es werden vielmehr die anderen Beteiligten wie Gründer, Vorstand und Aufsichtsrat, nachdem sie die Gefahr des Fehlens einer besonderen Gründungsprüfung jedenfalls mehr beherrschen können als die Gläubiger, (die gar keinen Einfluss haben), noch überdies verstärkt zur Verantwortung und Gefahrtragung herangezogen, um so den als überragend angesehenen Belangen der Gläubiger voll gerecht werden zu können. Der Bestand einer einmal errichteten Aktiengesellschaft kann durch das Fehlen einer an sich notwendigen externen Gründungsprüfung nicht mehr vernichtet werden.

2. Mittelbare Folgen einer Nichtprüfung

Die Gründungszeit der Aktiengesellschaft ist durch das Fehlen der externen Gründungsprüfung aber trotzdem mit einem Mangel behaftet, der sich in verschiedener Hinsicht auswirkt.

a) Nachholung der externen Gründungsprüfung

Eine Nachholung der Prüfung ist im beschränkten Umfange möglich. Dem Registerrichter steht nach Eintragung der Aktiengesellschaft gemäss § 12 FGG ein Nachforderungsrecht zu und zwar vor allen Dingen deshalb, weil "der Prüfungsbericht ... über den Zeitpunkt der Eintragung hinaus eine gewichtige Bedeutung (hat)" 1).

Da aber vor allen Dingen Sacheinbringungen sowie auch von der Gesellschaft zu gewährende Sondervorteile und Gründungsentschädigungen an Vorstand und Aufsichtsrat unwirksam sind (§ 19, III und § 20, II AktG), wenn sie nicht in der Satzung aufgenommen wurden, hat in diesen Fällen auch die Nachholung der externen Gründungsprüfung keinen Sinn. Durch die Nachholung der Prüfung kann den unwirksamen Vereinbarungen ebenso wenig zur Wirksamkeit verholffen werden wie etwa mit einer Satzungsänderung.

Die Prüfungsnachholung hat also nur in den Fällen Bedeutung, bei denen Vorstand oder Aufsichtsrat zu den Gründern gehörten (§ 25, II, Ziff. 1 AktG) oder sich bei der Gründung durch Strohmänner (§ 25, II, Ziff. 2 AktG) vertreten liessen. Auch soweit der besondere Vorteil an ein Organ gewährt wurde, das nicht auch gleichzeitig Aktionär war oder wenn die Sondervorteile und Gründungsentschädigungen durch dritte Personen den Organen gegeben wurden (§ 25, II, Ziff. 3 AktG), ist die Nachholung der externen Gründungsprüfung möglich.

Die auf Grund der registerrichterlichen Bestellung nachzuholende Prüfung unterscheidet sich nicht wesentlich von einer normalen Gründungsprüfung. Allerdings müsste der Prüfer, falls er eine unwirksame Sacheinbringung u. ä. feststellt, was in diesem Stadium wesentlich leichter ist, auf diesen rechtlichen Mangel besonders hinweisen.

b) Recht, Sonderprüfung verlangen zu können

Als weitere mittelbare Folge der Nichtprüfung steht der Hauptversammlung bzw. selbst einer entsprechenden Minderheit der Aktionäre das Recht zu, eine Sonderprüfung verlangen zu können (§ 118 AktG). Die Prüfung dient der Klärung der Verhältnisse. Sie kann dann die Grundlage für Ersatzansprüche bilden.

Allerdings wird hierdurch keine vollständige Nachholung der versäumten Gründungsprüfung erreicht. Auch der Bericht über die Sonderprüfung unterliegt nicht den Vorschriften des Gründungsprüfungsberichtes. Ferner darf sich eine Sonderprüfung

1) KGJ 41, Seite 130, RGZ 130/255 ff. kann nur noch sehr beschränkt herangezogen werden, da eine verschleierte Sachübernahme heute nicht mehr durch nachträgliche Satzungsänderung und Prüfungen geheilt werden kann.

nur auf bestimmte Vorgänge bei der Gründung beziehen. Die Antragsteller müssen daher die sie besonders interessierenden Tatbestände, wie z.B. die Prüfung der Sacheinlagen, des Gründungsaufwandes usw. benennen.

3. Schutz durch anderweitige Vorschriften

Die Hauptursache für die Nichtvornahme einer an sich notwendigen besonderen Gründungsprüfung ist die Verschweigung von Tatsachen, die, wären sie bekannt gewesen, zu eben dieser Prüfung geführt hätten. Kann man nun schon nicht Folgen mit der nicht vorgenommenen Gründungsprüfung verknüpfen, da höhere Interessen entgegenstehen, so kann man aber doch die Verschweigung der Tatsachen gesetzlich so verfolgen, dass der Aktiengesellschaft dadurch kein oder zumindest nur der geringstmögliche Schaden entsteht, während die Verantwortlichen mit erhöhten Risiken belegt werden. Die so erzielte Sicherung der Aktiengesellschaft soll nun hier kurz untersucht werden.

a) Zivilrechtliche Regelungen

Von besonderer Wichtigkeit sind die Regelungen für den Fall, dass Sacheinbringungen verschwiegen worden sind. Sind die Angaben nicht in der Satzung festgestellt worden (§ 20, I AktG), so sind sie der Gesellschaft gegenüber unheilbar unwirksam. Die Verpflichtung der Aktionäre auf Bareinzahlung bleibt aber weiter bestehen (§ 20, II AktG). Insofern ist schon einmal eine Sicherung getroffen.

Die Sacheinlagen wie auch die Sachübernahmen können dann nur im Wege der Nachgründung in die Gesellschaft nachträglich eingebracht werden. Derartige Vereinbarungen bedürfen einer besonderen Gründungsprüfung, wenn sie innerhalb der ersten zwei Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister getroffen worden sind. Hierdurch wird dem Schutzbedürfnis besonders der Gläubiger vollauf Genüge getan.

Die besonderen Vorteile und Gründerentlohnungen sind, soweit sie in der Satzung nicht festgestellt worden sind, der Gesellschaft gegenüber für immer unwirksam (§ 19, III AktG). Sie können also niemals durch Satzungsänderung geheilt werden (§ 19, III, 2 AktG). Die Gesellschaft hat vielmehr einen Rückgewähranspruch auf die gegebenenfalls schon gewährten Vergütungen. Soweit allerdings die gewährten Vergütungen (z.B. an Vorstand und Aufsichtsrat) von dritter Seite stammen, sind sie nicht genauso unwirksam. Wird die Gesellschaft hierdurch aber geschädigt, so kommen die anderweitigen Haftungsbestimmungen zum Zuge.

Entsteht nun der Gesellschaft trotz des bisher dargestellten Schutzes noch ein Schaden, weil einmal die Barzahlung der Aktionäre unmöglich ist oder die Sondervergütungen nicht zurückgefordert werden können (usw.), so greifen neben den bür-

gerlich-rechtlichen besonders die aktienrechtlichen Haftungsbestimmungen ein. Insbesondere sind die Gründer und ihre Hintermänner als Gesamtschuldner für den ordnungsgemässen Hergang der Gründung verantwortlich (§ 39 AktG). Ferner werden Vorstand und Aufsichtsrat herangezogen, soweit sie ihre Sorgfaltpflicht ausser acht gelassen haben (§ 41 AktG). Auch die Gründergenossen und das Emissionshaus können haftbar gemacht werden, wenn ihnen ein Verstoß gegen ihre gesetzlich festgelegten Pflichten zur Last fällt (§ 40 AktG). Schliesslich haften die Gründungsprüfer gleichfalls der Gesellschaft, wenn sie unter Verletzung ihrer Obliegenheiten Schaden verursacht haben (§ 42 AktG).

So ist dann, wenn schon nicht mehr die Primäraufbringung des Grundkapitals erreicht werden kann, doch zumindest seine Ersatzaufbringung gesichert.

b) Strafrechtliche Regelungen

Schliesslich müssen hier noch die strafrechtlichen Regelungen erwähnt werden. Auch sie sollen einen ordnungsmässigen Hergang der Gründung mit bewirken helfen, indem mit ihnen Verstösse gegen bestimmte Rechtsgrundsätze strafrechtlich verfolgt werden.

Danach werden bestraft die Gründer, der Vorstand und der Aufsichtsrat, die im Rahmen der Gründung falsche Angaben gemacht oder erhebliche Umstände verschwiegen haben (§ 295, I Ziff. 1 AktG). Auch die vorsätzlich falsche oder erhebliche Umstände verschweigende Berichterstattung durch den Gründungsprüfer wird bestraft (§ 302, Ziff. 1 AktG).

Abschliessend ist damit festzustellen, dass die Schutzmassnahmen des Gesetzgebers ausreichen. Die tief in die Interessen derjenigen, die mit der Gesellschaft nach ihrer Eintragung in Rechtsbeziehungen eintreten, eingreifende Folge der Nichtigkeit der Gesellschaft musste eben auch ihrer Interessen wegen für den Fall der fehlenden, aber an sich notwendig gewesenenen externen Gründungsprüfung vermieden werden.

LITERATURNACHWEIS

Gliederung

- I. DISSERTATIONEN
 - 1. Unmittelbar zum Thema gehörend
 - 2. Sonstige Dissertationen
- II. KOMMENTARE
 - 1. Zum Handelsrecht
 - 2. Sonstige Kommentare
- III. GESETZESENTWÜRFE UND MATERIALIEN
- IV. ALLGEMEINE VERÖFFENTLICHUNGEN EINSCHLIESSLICH AUFSÄTZE
 - 1. Unmittelbar zum Thema gehörend
 - 2. Über das kausale Rechtsdenken
 - 3. Sonstige Veröffentlichungen
- V. VERÖFFENTLICHUNGEN OHNE VERFASSERANGABE U. Ä.

I. DISSERTATIONEN

1. Unmittelbar zum Thema gehörend

- BÖHME, Paul, Georg: Die besondere Revision bei der Gründung von Aktiengesellschaften nach dem Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
Leipzig 1912, 41 Seiten, gedruckt bei:
Robert Noske in Borna-Leipzig
- HEUVEMANN, Erich: Die Revision bei der Gründung von Aktiengesellschaften nach deutschem Handelsrecht
Erlangen 1929, 45 Seiten, gedruckt bei:
Robert Noske in Borna-Leipzig
- MOESSINGER, Wilhelm: Die gesetzlichen Massnahmen für die Prüfung der Gründung von Aktiengesellschaften nach den Rechten der wichtigsten Kulturstaaten
Frankfurt/Main 1924, 105 Seiten, Maschinenschrift
- ROSENWALD, Carl: Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs für das deutsche Reich vom 10. Mai 1897
Erlangen 1898, 71 Seiten, gedruckt bei:
J. Schweitzer Verlag München

- SCHNEIDER, August: Die rechtliche Stellung der Revisoren in der Aktiengesellschaft
Erlangen 1894, 30 Seiten, gedruckt bei:
J. Gotteswinter, München

2. Sonstige Dissertationen

- KOHLSTRUCK, Joachim-Friedrich:
Die betriebswirtschaftliche Problematik bei der Entflechtung der industriellen Grossunternehmungen
München 1952, Maschinenschrift
- LUKES, Rudolf:
Grundlagen und Durchführung der Entflechtung industrieller Grossunternehmungen
München 1952, Maschinenschrift
- RENN, Hermann:
Die Aufbringung des Grundkapitals bei der Aktiengesellschaft - unter besonderer Berücksichtigung der aktienrechtlichen Bestimmungen zur Gewährleistung der sicheren Aufbringung bei der Gründung
München 1954, Maschinenschrift

II. KOMMENTARE

(nach dem Erscheinungsjahr geordnet)

1. Zum Handels- und Wirtschaftsrecht

- | <u>Erscheinungsjahr</u> | <u>Titel und Bearbeiter</u> |
|-------------------------|---|
| 1868 | Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch mit Ausschluss des Seerechts
bearbeitet von
August ANSCHÜTZ und Freiherr v. VÖLDERNDORFF |
| 1893 | Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom
18. Juli 1884
bearbeitet von Viktor RING
Berlin 1893, 2. Auflage |
| 1927 | Die Aktiengesellschaft
Handelsgesetzbuch § 178 - § 319
Friedrich GOLDSCHMIT
München 1927 |

<u>Erscheinungsjahr</u>	<u>Titel und Bearbeiter</u>
1928	Aktienrecht, Kommentar von Erich BRODMANN Berlin und Leipzig 1928
1933	STAUB'S Kommentar zum Handelsgesetzbuch, zweiter Band 14. Auflage, verfasst unter Mitarbeit von Walter Schmidt und Heinz Pinner von Albert PINNER Berlin-Leipzig 1933
1934	Das Handelsgesetzbuch, III. Band, 1. Teil erläutert von Fritz BING, Julius FLECHTHEIM, Max HACHENBURG Mannheim, Berlin, Leipzig 1934
1939	Aktiengesetz, Kommentar bearbeitet von: W. GADOW, E. HEINICHEN, E. SCHMIDT, W. SCHMIDT, O. WEIPERT Berlin 1939, 1. Auflage
1939	Aktiengesetz erläutert von Carl RITTER Berlin-München 1939, 2. Auflage
1939	Aktiengesetz, Kommentar von Franz SCHLEGELBERGER, Leo QUASSOWSKI, Gustav HERBIG, Ernst GESSLER, Wolfgang HEFERMEHL Berlin 1939, 3. Auflage
1950	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesell- schaften auf Aktien erläutert von Reinhard Freiherr von GODIN und Hans WILHELMI Berlin 1950, 2. Auflage
1950	Aktiengesetz, Kommentar von Robert TEICHMANN und Walter KOEHLER Heidelberg 1950, 3. Auflage

- 1954 Aktiengesetz (Beck'sche Kurz-Kommentare)
von Adolf BAUMBACH und Alfred HUECK
München-Berlin 1954, 8. Auflage
- 1955 Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht
begründet von Adolf BAUMBACH
fortgeführt von Konrad DUDEN
München und Berlin 1955, 11. neubearbeitete Auflage
- 1957 Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft,
Handkommentar
von Hans ADLER, Walther DÜRING, Kurt SCHMALTZ
Stuttgart 1957, 3. neubearbeitete Auflage
- 1957 Aktiengesetz, Grosskommentar
begründet von W. GADOW, E. HEINICHEN,
E. SCHMIDT, W. SCHMIDT, O. WEIPERT
Robert FISCHER, Ulrich KLUG, Walter SCHMIDT,
Otto WEIPERT, unter Mitarbeit von J. MEYER-LAND-
RUT
Berlin 1957
2. Auflage, erster Band mit Einleitung und §§ 1 - 69

2. Sonstige Kommentare

- 1956 Körperschaftssteuergesetz mit Durchführungsverord-
nungen, Nebengesetzen und Verwaltungsanweisungen
Kommentar von
Walter BLÜMICH, Otto KLEIN, Werner STEINBRING
Berlin und Frankfurt/M., 1956,
3. völlig neubearbeitete Auflage
- 1956 Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen
Gerichtsbarkeit
bearbeitet von Franz SCHLEGELBERGER
Köln und Berlin 1956, 2 Bände, 7. neubearbeitete
Auflage
- 1958 PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch (Beck'sche Kurz-
Kommentare)
bearbeitet von
Bernhard DANCKELMANN, Hans GRAMM, Ulrich
HOCHE, Wolfgang LAUTERBACH, LUDWIG RECHEN-
MACHER
München und Berlin 1958, 17. neubearbeitete Auflage

III. GESETZESENTWÜRFE UND MATERIALIEN

1. Zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch

Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches
herausgegeben von J. Lutz
Würzburg 1858

2. Zum Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884

Denkschrift zum Antrage Preussens beim Bundesrath betreffend Reform der Aktiengesetzgebung
Berlin 1877

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft nebst Begründung und Anlagen
vorgelegt dem Bundesrath am 7. September 1883
Berlin 1883, Busch-Archiv 44. Band

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Motiven und Anlagen
vorgelegt dem Reichstag am 7. März 1884
abgedruckt in den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages, Beilagenband, Seite 215 ff (Aktenstück 21)

3. Zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897

Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluss des Seehandelsrechtes nebst Denkschrift
aufgestellt vom Reichsjustizamt
Berlin 1896

Materialien zum Handelsgesetzbuche für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze
Berlin 1897

4. Zum Aktiengesetz von 1937

Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesell-

schaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternde
Bemerkungen
veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium
Berlin 1930

Amtlicher Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kom-
manditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes
veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums
Berlin 1931, Reichs- und Staatsverlag

Begründung zum Aktiengesetz von 1937
Deutscher Reichsanzeiger vom 4. 2. 1937, Berlin

IV. ALLGEMEINE VERÖFFENTLICHUNGEN EINSCHLIESSLICH AUFSÄTZE (nach Verfassern geordnet)

1. Unmittelbar zum Thema gehörend

- | | |
|------------------|--|
| BERG, Karl: | Wegweiser für die Prüfung der Gründung, Finanzierung
und Sanierung
Berlin/Leipzig 1934 |
| DOVE, Heinrich: | Die Revision des Gründungsherganges bei Aktiengesell-
schaften
in: Bankarchiv (1908) 7. Jahrgang S. 97-99 und
S. 117-120 |
| FISCHER, Rudolf: | Die Gründungsrevision sowie die fortlaufende Revision
bei Aktien- und Gesellschaften mbH de lege lata et
ferenda
in: Gruchot, 64. Jahrgang, Seite 657-676 |
| HEUBNER, P.: | Aktienrechtsreform und Gründungsprüfer
in: Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer
zu Chemnitz, 21. Jahrgang, S. 143 (konnte nicht be-
schafft werden) |
| HECHT, Felix: | Haben sich die durch die Actiennovelle vom 18. Juli
1884 geschaffenen Cautelen gegen unsolide Gründun-
gen von Aktiengesellschaften bewährt oder empfiehlt
sich eine anderweitige Gestaltung derselben? (Gutach-
ten)
Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages Gut-
achtensammlung, 1892, Seite 123-195 |

- HERGENHAHN: Gründer-Erklärung und Prüfung des Gründungsherganges bei Aktiengesellschaften nach Art. 209 g und 209 h des Reichsgesetzes betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. in: Gruchot, 36. Jahrgang, S. 611 ff und 737 ff
37. Jahrgang, S. 289 ff und 585 ff
- LEVY, M.: Haben sich die durch die Actiennovelle vom 18. Juli 1884 geschaffenen Cautelen gegen unsolide Gründungen von Actiengesellschaften bewährt oder empfiehlt sich eine anderweitige Gestaltung derselben? (Gutachten) Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages Gutachtensammlung, 1892, Seite 196-216
- SATTLER, Heinrich: Die Revision bei Gründung von Aktiengesellschaften. Nach der Praxis dargestellt. Berlin 1893
- SEWERING, K.: Die Handhabung der Gründungsrevision in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, 1930, Seite 168 - 190
- SIMON, Fr.: Die Gründungsbilanz und die Gründungsprüfung bei der Aktiengesellschaft in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 1. Jahrgang 1949, S. 98 - 115
- ZAHN, Gustav: Zur Frage der Gründungsrevision in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, 1929, Seite 337 - 359

2. Über das kausale Rechtsdenken

- LÖHLEIN, Roland: Deutsches Privatrecht als Funktion des Humanismus in: Geistige Welt. Vierteljahreszeitschrift für Kultur und Geisteswissenschaft 1948/49, Seite 130 - 138
- Das kausale Rechtsdenken als rechtswissenschaftliche Methode in Juristische Rundschau 1950, S. 132 - 137

- LÖHLEIN, Roland: Zur geistigen Situation der deutschen Rechtswissenschaft
in: Studien zum kausalen Rechtsdenken
Festgabe für Professor Müller-Erzbach
München 1954, Seite 52 ff
- MÜLLER-ERZBACH, Rudolf: Die Entartung des deutschen Aktienwesens seit der Inflationszeit
in: Recht und Staat, 1926

Die Umgestaltung der AG zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Grossaktionäre
Berlin 1929, 52 Seiten

Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen?
München und Leipzig 1934, 147 Seiten

Das Private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens
Weimar 1948, 416 Seiten

Kausales Rechtsdenken
in: Juristische Rundschau 1949, S. 66-67

Die Rechtswissenschaft im Umbau. Ihr Vordringen zu den bestimmenden Elementen des Zusammenlebens
München 1950, 135 Seiten

Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht
in: Archiv für civilistische Praxis Band 154, Seite 299 ff

Die Verbandsmacht - eine unbekannte Welt
in: Juristenzeitung 1956, Seite 705 - 709

3. Sonstige Veröffentlichungen

- CZERBA: siehe Granichstaedten-Czerba
- EICH, Wilhelm: Der Prüfungsbericht über den Jahresabschluss einer Aktiengesellschaft
Berlin 1944, 3. Auflage

- ENNECCERUS, Ludwig: Recht der Schuldverhältnisse
Tübingen 1954, 14. Bearbeitung
siehe auch Lehmann, Heinrich
- GAREIS, Karl: Das Deutsche Handelsrecht
Berlin 1909, 8. umgearbeitete Auflage
- GERSTNER, Paul: Wegweiser für die kaufmännische Betriebs- und Bilanz-
prüfung
Berlin 1945, 4. unveränderte Auflage
- GLEICHENSTEIN, Freiherr v. : Die Sonderprüfung im Aktienrecht
in: Der Betriebsberater 1956, Seite 761 ff
- GOLDSCHMIDT: Die Reform des Aktiengesellschaftsrechts, 3 Gutachten
auf Veranlassung der Eisenacher Versammlung zur Be-
sprechung der socialen Lage
abgegeben von H. Wiener, Goldschmidt und Behrend
Leipzig 1873
siehe auch Wiener
- CRANICHSTAEDTEN-CZERBA, Rudolf: Die Änderungen des Deutschen Aktiengesetzes in Öster-
reich
in: Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte
Aktienwesen
3. Jahrgang, Seite 1 ff
- GRIMM, Jakob und Wilhelm: Deutsches Wörterbuch
Leipzig 1854
- GROSS, Hermann: Material zur Aufteilung der I.G.-Farbenindustrie-Ak-
tiengesellschaft einschliesslich Nachträge
Kiel, Juli, Oktober und Dezember 1950
- HINTNER, Otto: Praxis der Wirtschaftsprüfung
Stuttgart 1949, 3. neubearbeitete Auflage
- HOENIGER, Franz: Der Auftrag des Wirtschaftsprüfers
in: Der Wirtschaftstreuhänder 1934, S. 177 ff

- ILLETCHKO, Leopold, L.: Gründungsbilanz
Stichwort im:
Handwörterbuch der Betriebswirtschaft
Stuttgart 1957, 3. Auflage
- KLAUSING, Friedrich: Reform des Aktienrechts, Unter besonderer Berücksichtigung der Teilreform des Jahres 1931
Berlin 1931
- LEHMANN, Heinrich: Recht der Schuldverhältnisse
Tübingen 1954, 14. Bearbeitung
Siehe auch Enneccerus
- LOITLSBERGER: Zur Theorie der Prüfung
in: Grundlagen der Buchprüfung
herausgegeben von Illetschko, Wien 1953
- LUDEWIG, Wilhelm: Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts
Marburg 1929
- MACKENSEN, Lutz: Deutsches Wörterbuch
1955, 3. Auflage
- MEYER, Rudolph: Politische Gründer und die Corruption in Deutschland
Leipzig 1877
- MITTEIS, Heinrich: Die Rechtsidee in der Geschichte, Gesammelte Abhandlungen und Vorträge
Weimar 1957
- MÜLLER-ERZBACH, Rudolf: Deutsches Handelsrecht
München 1928, 2. und 3. Auflage
- MUNK: Zur Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches
in: Gruchot, 46. Jahrgang, Seite 740 - 742
(soweit für Revision einschlägig)
- RING, Viktor: Die Praxis der Aktiengesellschaft
Berlin 1929
siehe auch Schachian, Herbert
- RÖSSLE, Karl: Allgemeine Betriebswirtschaftslehre
München 1948
- SCHACHIAN, Herbert: Die Praxis der Aktiengesellschaft
Berlin 1929
siehe auch Ring, Viktor

- SCHMALENBACH, Eugen: Die Beteiligungsfinanzierung
Band 2: Die Finanzierung der Betriebe
Köln 1949, 7. verbesserte Auflage
- SCHMITT, F. A. und Fritz:
Das Revisions-Universum
Berlin, Bielefeld, München 1953
- TRÜBNER:
Trübners Deutsches Wörterbuch
Berlin 1939
- TRUMPLER, Hans:
Die Bilanz der Aktiengesellschaft
nach deutschem Aktien- und Steuerrecht unter Hinwei-
sen auf das Recht der Vereinigten Staaten, Englands
und der Schweiz
Basel 1950
- VOSS, W.:
Die obligatorische Revision im Rahmen der Reform des
Aktienrechts
Berlin 1927
- WIENER, H.:
Zur Reform des Actiengesellschaftswesens
3 Gutachten auf Veranlassung der Eisenacher Versamm-
lung zur Besprechung der socialen Lage, abgegeben
von H. Wiener, Goldschmidt und Behrend
Leipzig 1873
- WIENER, H.:
Die Errichtung der Actiengesellschaft und die Gründer-
verantwortlichkeit
in: ZHR, Seite 62 ff
- WEINHAGEN:
Recht der Actiengesellschaften
Köln 1866

V. VERÖFFENTLICHUNGEN OHNE VERFASSERANGABE U. Ä.
(etwa nach dem Erscheinungsjahr geordnet)

Stenographische Berichte des Reichstages
besonders für 1870, 1873, 1896/97, 1932

Deutsches Rechtswörterbuch
herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften
Weimar 1914 - 1932

Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktiengesetzes
eingesetzten Kommission
Mannheim 1928

Zur Reform des Aktienrechtes, Antworten des Deutschen Anwaltsvereins auf die
Fragen des Reichsjustizministeriums
Herausgeber: Deutscher Anwaltsverein
Leipzig 1929

Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 1954
bearbeitet von Adler - Dietrich - Düring - Elmendorff - Karoli - Kenntemich -
Knorr - Meier - Schulz
Düsseldorf 1954

Die Neuordnung der Eisen- und Stahlindustrie im Gebiet der Bundesrepublik Deutsch-
land (zitiert Neuordnung)
Ein Bericht der Stahltreuhänder Vereinigung
München und Berlin 1954, C.H. Beck

Bericht über die Entflechtung und Liquidation
(zitiert IG-Entflechtungsbericht)
vorgelegt aus Anlass der ordentlichen Hauptversammlung am 27. Mai 1955 von
der IG-Farbenindustrie Aktiengesellschaft in Liquidation

Die Fachgutachten und Stellungnahmen des Institutes der Wirtschaftsprüfer auf dem
Gebiet der Rechnungslegung und Prüfung
Düsseldorf 1956

Vorschläge zur Aktienrechtsreform des Arbeitskreises Aktienrechtsreform im Insti-
tut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
Düsseldorf 1956

Jahrbücher des statistischen Reichsamtes
des Statistischen Bundesamtes
des Statistischen Landesamtes für Berlin

Wirtschaft und Statistik, verschiedene Jahrgänge
Herausgeber: Statistisches Bundesamt

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

Bank-Archiv	Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen Begründet von J. Riesser
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen Herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft
Buschs-Archiv	Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts Begründet von F. B. Busch im Jahre 1863
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Begründet von J. A. Gruchot
Holdheims-Zeitschrift	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen Herausgegeben von Paul Holdheim
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichtes in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen Herausgegeben von Reinhold Joho und Viktor Ring
OLG	Die Rechtssprechung der Oberlandgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts Herausgegeben von B. Mugdan und R. Flechtheim
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen Herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht ab Band 60 Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Begründet von L. Goldschmidt
ZfAuH	Zeitschrift für Aktiengesellschaften und der Handelsgesellschafter ab 11. Jahrgang Zeitschrift für Aktiengesellschaften und für Gesellschaft mit beschränkter Haftung Herausgegeben von Josef Bauer

LEBENS LAUF

Am 4.11.1928 wurde ich als Sohn des Werkschulleiters Arthur Dienst und seiner Ehefrau Gertrud Dienst, geb. Gründer, in Dessau geboren. 1935 wurde ich in die dortige Volksschule eingeschult. 1936 verzogen wir nach Berlin-Eichwalde, wo ich die Volksschule bis 1939 weiter besuchte. 1939 kam ich in die Eichwalder Oberschule.

Am 24.12.1943 verlor ich meine Eltern bei einem Bombenangriff. Anfang Januar 1944 wurde ich als Marinehelfer eingezogen. Ich leistete bis März 1945 bei der Marineflak Dienst.

Nach dem Krieg setzte ich zunächst den Schulbesuch in Berlin-Eichwalde fort, zog aber bereits 1946 nach Berlin-Wilmersdorf und machte dort auch im Spätherbst 1947 mein Abitur.

Im Herbst 1948 siedelte ich nach München über, machte bei der Bayerischen Versicherungsbank AG (Allianz) mein Praktikum und begann im Sommersemester 1949 mein Studium an der Universität München. Das Studium finanzierte ich durch eine selbst aufgebaute Versicherungsagentur der Bayerischen Versicherungsbank AG. Im Juli 1952 legte ich an der Staatswirtschaftlichen Fakultät der Universität München die Diplomprüfung für Kaufleute ab.

Vom März 1953 bis September 1957 arbeitete ich bei der Schwäbischen Treuhand AG in Stuttgart als Prüfungsassistent und nahm dabei an gesetzlichen und freiwilligen Jahresabschlussprüfungen sowie an Sonderprüfungen teil.

Nach meinem Umzug nach Berlin-Wilmersdorf begann ich mit der Arbeit an der vorliegenden Dissertation. Gleichzeitig hörte ich als Gasthörer einige Vorlesungen an der Freien Universität Berlin.

